2

IO. GEORGII ESTORIS

CONSIL. REGIMINIS REGII ET ORDINARII

OPVSCVLVM
DE
ABVSV
RERVM MERAE FACVLTATIS
IN FORO GERMANICO
PRAESERTIM FEVDALI.

EDITIO SECVNDA
AVCTA ET EMENDATA.

IENAE EX OFFICINA RITTERIANA
A. O. R. CIↃ IↃCC XXXXIIII.

CAPVT I.

PRAECOGNITA DOCTRINAE DE REBVS MERAE FACVLTATIS EXHIBET.

SYNOPSIS DICENDORVM.

§. I. *Vt, quid sint res merae facultatis, eo melius intelligatur, eruenda est doctrina de libertate hominis, ac, vt haec bene capiatur, praemittendum erit dogma romanorum de statu hominum, qui definitur ante omnia, et diuiditur.*

§. II. III. IIII. *Exponitur, quid sit libertas, adferuntur quoque eius diuisiones. Illustrantur, quae dixi, ope philosophiae stoicae, secundum quam romani libertatem definire solebant. Adducuntur testimonia auctorum veterum. Quid sibi velit* FLORENTINVS *per libertatem et verba,* vis et ius, *quibus in sua definitione libertatis est vsus. Quid sit libertas absoluta? quid restricta? Id quod adhuc illustratur. Notantur illi, qui* FLORENTINVM *reprehendunt.*

§. V. *Adplicantur dicta ad doctrinam de rebus merae facultatis.*

§. VI. *Prout homo aut viuit in statu naturali, sic gaudet libertate naturali, adeoque et facultate agendi secundum legem naturae; aut ille degit in ciuitatis statu, tunc libertas eius agendi circumscribitur in multis casibus lege ciuili.*

§. VII. *Idque diuersis modis, qui recensentur.*

§. VIII. *Ex his comprehendi potest, cur ortae sint apud romanos res iuris, et res quaedam remanserint merae facultatis. Exponitur, quid intelligatur per res iuris?*

§. VIIII. X. *Referuntur varii mo-*

di, quibus res merae facultatis degenerant in res iuris.

§. XI. *Cur rebus merae facultatis praeſcribi nequeat, rebus vero iuris praeſcribatur? adducitur ratio, et illuſtratur e doctrina de voluntario.*

§. XII. *Alia ratio ex dogmate romanorum, cur rebus merae facultatis non praeſcribatur?*

§. XIII. *Id quod adhuc illuſtratur e doctrina romanorum de praeſcriptione actionum.*

§. XIIII. *Additur ſententia Cocceiana, de praeſcriptione, in rebus merae facultatis exule.*

§. XV. *Quoniam res merae facultatis ſunt tales actus, qui nullam inducunt praeſcriptionem, quum poſſidendi animo tales actus non exercentur; in aprico eſt, quod nec ad introducendam conſuetudinem valeant, nec vſus earum ſolitarius tribuat poſſeſſionis ius.*

§. XVI. XVII. *Tunc tamen actus merae facultatis deſinunt eſſe inualidi, ſed validi fiunt, quam primum prohibitio alterius accedit, et prohibitus in ea acquieuit.*

§. XVIII. *Quaeritur: an res merae facultatis referantur ad res incorporales? Id quod affirmatur.*

§. XVIIII. *Quid nonnulli ICti per res facultatis mixtae intelligant?*

§. XX. *His, loco praecognitorum, praemiſſis, enarratur adhuc hiſtoria doctrinae de rebus merae facultatis, et iureconſultorum variae opiniones adferuntur, eum in finem; vt quilibet de hoc dubio et difficili argumento nunc rectius et adcuratius poſſit iudicare.*

§. I.

DOCENT iureconſulti veteres, hominem ſecundum ſtatum ſuum eſſe conſiderandum, et hunc, voce a phyſicis petita, aiunt eſſe ſpatium quoddam morale, in quo homines conſtituti, variis gaudent iuribus, et ad diuerſa viciſſim obligantur officia.

Iſtum

Iſtum ſtatum in naturalem et aduentitium diuidebant. In ſtatu naturali hominem conſiderabant, ſicut is per natiuitatem ipſam in eo conſtitutus inuenitur, ac libertate ſua fruitur. Haec, prout e lege 4. D. *de ſtatu hominum* pateſcit, ipſis erat naturalis facultas eius, quod cuique facere libet, niſi ſi quid vi aut iure prohibetur, §. 1. *Inſtitut. de iure perſon.*

§. II.

Intelligebant iuris periti per libertatem, non internam, ſed externam, qua actiones externae per motiuum libere exercentur. Hanc libertatem conſiderabant iterum vel tanquam abſolutam, vel vt reſtrictam. Illam vocabant libertatem, quae nullis legibus eſt circumſcripta aut coercita. Sed quum nullus exiſtat homo, cuius libertas in ſtatu, quo viuit aduentitio, nullis vnquam legibus fuiſſet vincta; reſtricta libertas in iure potiſſimum veniebat conſideranda. Quamobrem FLORENTINVS, ſtoicorum philoſophiam ſequutus, in definitione libertatis, quam modo propoſui, hanc eſſe facultatem agendi dixit, ſi nimirum libertas humanae voluntatis abſo-

lute consideretur, et quidem talem esse hanc facultatem inquit iureconsultus, vt possit aliquis agere id, quod sibi libet.

I.

Optime haec illustrat ARRIANVS ad EPICTETVM libro IIII. cap I. p. m. 437. Ἐλεύθερός ἐστιν, ὁ ζῶν ὡς βούλεται, ὃς οὔτ' ἀναγκάσαι ἐστὶν οὔτε κωλῦσαι, οὔτε βιάσασθαι: *liber est, qui viuit, vt vult, qui nec cogi, nec impediri, nec cui vis adhiberi aut violentia potest.*

Hanc de libertate stoicorum ideam etiam explicuerunt CASPAR SCIOPPIVS in *elementis philosophiae stoicae moralis* capite CXXX. p. 83. 84. NICODEMVS FRISCHLINVS in *paraphrasi in* A. PERSIVM FLACCVM, *satyra* V. p. 52. sqq. EILHARDVS LVBINVS in *commentario in* A. PERSII FLACCI *satyram* V. p. 803. sq. Ita enim PERSIVS *satyra* V. v. 83. sqq. canit:

An quisquam est alius liber, nisi ducere vitam
Cui licet, vt voluit? licet, vt volo, viuere: non sum
Liberior Bruto? Mendose colligis, inquit
Stoicus hic - - - - -
Hoc reliquum accipio: *licet* illud, et, VT VOLO, tolle.
Vindicta postquam MEVS a praetore recessi,
Cur mihi non LICEAT, iussit quodcunque voluntas,
Excepto, si quid Masuri rubrica vetauit?

Vbi dicit, omnia libero facere licet, vnico, ne in MASVRII SABINI, iureconsulti, rubricam, hoc est, leges peccet, excepto, vt notauit ADRIANVS TVRNEBVS libro IIII. cap. IIII. *aduersariorum.* Distinguebant stoici inter libertatem naturalem seu animi, et inter corporis libertatem, vt docuit ISAACVS CASAVBONVS in *libro commentario in Persii satyras* p. 416. Animi autem libertas in sapientia stoicis consistebat, IDEM l. c. p. 420. Consuli quoque merentur IVSTVS LIPSIVS in *manuductione ad philosophiam stoicam* libro III. dissertatione XII. tomo IIII. *operum* p. 783. TH. ALDROVANDINVS ad DIOGENEM LAERTIVM libro VII. segmento CXXI. nota 433. p. 441. HVGO GROTIVS in notis ad caput III. v. 16. *geneseos* p. 5. *operum theologicorum*, et CONSTANT. LANDVS tomo III. *thesauri iuris Ottoniani* col. 1396.

II. FLO-

II.

FLORENTINVS heic libertatem innuit, quam in hominem finit cadere naturalis aut ciuilis ratio. Eſt autem ambiguum libertatis vocabulum, quoniam duplex fingi poteſt libertas: vna abſoluta, altera reſtricta. Abſoluta eſt facultas eius, quod cuique facere libet. Reſtricta vero addit: niſi quid vi aut iure prohibeatur. Diſtinguenda igitur a libertate licentia, ſiquidem omne ius humanum in ſtatu naturali circumſcribitur ratione, et in ciuitate legibus regitur. Quapropter talis libertas heic intelligenda erit, quae naturali rationi vel legibus eſt conformis, L. XV. D. *de condit. inſtit.* Quisquis ſuam poteſtatem, vt eum oportet, in ſtatu naturali finit ratione, aut ſecundum leges in ciuitate regit, is tantum poteſt, quantum vult, prout loquitur L. ANNAEVS SENECA epiſt. XC. Ideo GERARDVS NOODT in *commentario ad D.* libro I. titulo V. p. 15. libertas, ait, cuiusque, qui ſe hominem dici vult, eſt ius cuiusque naturale, ſiue cuiusque naturalis facultas, id eſt, facultas, quam quisque habet a natura humana, iubente omnes, vniuscuiusque actiones in naturae quidem ſtatu intra naturalem rationem, in ciuitate vero intra leges eius conſiſtere.

§. III.

Ex dictis patet, quod facultas heic moralis intelligatur, quae ius agendi denotat. Naturalis dicitur facultas, eorum puta negotiorum, quae in hominem, vt hominem, cadunt, et quam ad legem naturae dimetiri ſolemus. Equidem id, quod cuique facere libet, de libertate etiam abſoluta dici poteſt; attamen illud, quod lubet, reſtringitur per obligationem naturalem, ſeu iuris naturae neceſſitatem, vel per vim, ſeu per neceſſitatem facti. Si hominem in ſtatu ciuili intuea-

tueamur, tunc libertatem eius reſtringi videas legibus ciuilibus, vt probe obſeruauit IO. SCHILTER in *manuductione philoſophiae moralis ad iurisprudentiam* capite III. §. 17. p. 132. ſq.

§. IIII.

Verum quum videret FLORENTINVS, quod nemo facile exiſteret in vllo ſtatu, qui eiusmodi libertate agendi, quodcunque velit, gauderet; ideo ſtatim limitandam duxit ſuam de libertate definitionem per adiectas voces, *legibus* et *vi*. Nam quod iure aut vi iniuſta prohibetur, non eſt libertatis obiectum. Et forſan FLORENTINO, ac ſtoicis eadem mens hac de re ſedit, quae CICERONI, cui in *paradoxis* capite V. placuit, vt libertatem vocet poteſtatem viuendi, id eſt, agendi, vt velis.

Noſtri inſtituti ratio nunc non fert, vt FLORENTINI definitionem, quam de libertate formauit, iam ſub incudem reuocemus. Primus, qui hanc definitionem impugnauit, eſt ACCVRSIVS, prout GVILIELMVS MARANVS in *paratitlis pandectarum* libro I. tit. V. et NICOLAVS HIERON. GVNDLING in *digeſtis* libro I. tit. V. §. XXVII. bene obſeruarunt. Nam, FLORENTINVM heic libertatem definire, aiunt eius aduerſarii, quae etiam ſeruis competit. Aſt libertas non exſtinguitur, quum legum ſerui ſumus, quo eſſe poſſimus liberi, L. XIII. D. *qui teſtam. fac. poſſ.* Hoc enim non eſt hominis ſeruitus, ſed rationis et legum, quae vna vera et homini ſalutaris libertas, non comminuit eius facultatem. Sic libera

libera eſt teſtamenti factio, quamuis ſecundum legem teſtamentum fieri debeat. Compara EMVNDVM MERILLIVM in *commentario ad inſtitutiones* p. 34.

§. V.

Quidquid demum ſit, hoc eſt certum, quod doctrina de libertate naturali magnam lucem praebeat dogmati iureconſultorum, quod de rebus merae facultatis fouent. Tametſi enim hominem, in mero ſtatu naturali viuentem, haud facile deprehendes, ſed apud nos in ſtatu ciuili eum ſemper degentem reperies; non tamen videbis, quod in ſtatu ciuitatis omnes ac ſingulae actiones, aut actuum cunctae ſpecies, legibus ciuilibus ſint circumſcriptae ac determinatae. Potius hoc eſt verum, quod in ſtatu ciuitatis in multis rebus locus hodienum ſit relictus libertati naturali.

§. VI.

Sane multa lege ciuili nulla coercentur, quae alias iure naturali, ac libertate connata, licent. Ergo libertas, quae tota, ac quanta quanta eſt, mere ciuilis dici poteſt, apud nos, in ciuitate viuentes haud datur. Liquet hoc ex facultate aedificandi in ſuo, et quod ire liceat in via publica. Eiusmodi actiones,

 quo-

quoniam a mera naturali liberalitate agendi, vel non agendi, pendent; idcirco res merae facultatis, ſcilicet naturalis, vocantur, quum nulla lege ciuili reſtrictae leguntur. Vide IO. SCHILTERVM *exercitatione ad pandectas* IIII. §. XX. p. 53.

§. VII.

Interim non nego, quod, dum ſummus imperans eiusmodi libertatem ſuis ſaltem ciuibus relinquit, aliis, qui ipſius imperio haud ſunt ſubiecti, eandem denegare poſſit. Apud Hiſpanos lex eſt, ne quis, niſi Hiſpanus in America negotietur. Quod ſane intuitu Hiſpanorum res merae facultatis eſt. Nam etſi quis per longiſſimum tempus ab iſtiusmodi actu abſtinuerit, ius tamen non amittit, vt bene monuit AVGVSTINVS A LEYSER in *meditationibus ad pandectas* ſpecimine CCCCLXII. meditat. II. p. 232. Similiter pacto res merae facultatis introduci poſſe, exiſtimat LVDOVICVS ENGEL in *collegio iuris canonici* libro II. titulo XXVI. n. 9. p. 433. veluti in pacto de retrouendendo, ſeu redimendo, ſub conditione adiecta: quandocunque placuerit, quod tamen falſum.

§. VIII.

§. VIII.

Sicuti autem quaedam res dicuntur merae facultatis; ita dantur etiam quaedam res, quae non ſunt merae facultatis, ſed RES IVRIS, videlicet poſitiui, dicuntur, et ſuam originem trahunt partim a ſpeciali principis conſtitutione, partim a patientia ſummae poteſtatis in republica, quo pertinent licentia nundinas exercendi, vectigalia exigendi, et pleraque regalia, quae princeps cum ciuibus ſuis communicauit.

§. VIIII.

Recte itaque deriuant iurisperiti res iuris e priuilegio, praeſcriptione aut ſimili. Quodſi enim facultas hominis agendi per circumſtantiam aliquam extrinſecam impeditur, tunc illa facultas in ius degenerat, et praeſcriptionis legi, a qua antea libera erat, ſubiicitur. Id quod tribus praecipue modis accidit, praeiudicio ſeruitutis nimirum, poſſeſſionis ac actionis. (Not. §. XCVIII.).

§. X.

Per ſeruitutis praeiudicium res quaedam deſinit eſſe res merae facultatis, ſi imminet

periculum vel amittendae vel imponendae seruitutis, v. c. si quis potestatem habet ducendi aquam per alterius fundum, quotiescunque libuerit; ibi praeiudicium seruitutis versatur. Ergo illa facultas ducendi aquam non merae facultatis est, sed iuris. Praeiudicium possessionis meram facultatem in ius commutat, vbi alterutra pars possessionem vel deserit, vel, quam non habuit, acquirit. Ita si quis possideat molendinum, sed hoc impetu aquae, vel vetustate collabatur, facultatem habet, illud restaurandi. Verum dum differtur restauratio molendini, et alius interim occupat aquam, vel eodem, vel superiore loco, ac per longum tempus possidet; tunc hoc casu prior posteriorem prohibere amplius nequit, sed hic ius prohibendi tacite consequutus videtur contra priorem. Denique actionis praeiudicium rem merae facultatis in ius commutat, vbi lex actionem alicui tribuit. Actio requirit personam, contra quam agitur. Incertitudo rerum et possessionis omni iure odiosa est. Idcirco actiones intra xxx. vel xxxx. annos sunt instituendae. Quare iuri luendi pignus, reemendi rem

rem venditam praeſcribitur. Confer PETRVM FRIDERVM, quem a patria Mindanum appellant, libro II. de *proceſſibus et mandatis* capite XXXVII.

§. XI.

Hoc eo fine monendum duxi, quo appareat ratio, cur ſecundum iuris ciuilis tradita res merae facultatis non amittantur, vtut quis illis non vtatur per tempus plane immemoriale, vti hoc concluditur e L. 45. D. *de vſurpationibus*, L. 2. D. *de via publica.* Contra vero id certum eſt, quod res, quae iuris vocantur, non vtendo plane amittantur. Huc pertinet ius adeundi hereditatem, L. 7. §. 2. D. L. C. *de heredit. petit.* ius nundinarum, L. 1. D. *de nundinis.* Quodcunque enim libertati naturali eſt relictum, ac de illo nihil diſpoſuit ius ciuile, tum huius conſtitutio tales res non afficit. Quae autem a iure ciuili profecta ſunt, ea vtique afficit illius diſpoſitio. Nam qui ius aliquod a ſummo imperante ſiue tacite, ſiue expreſſe impetrauit, atque hoc intra certum tempus a lege ciuili determinatum, non exercuit; profecto de illo creditur, quod eo iure noluerit vti, ſed potius illi renunciauerit.

uerit. Egregie hanc praesumtionem firmat doctrina philosophorum de voluntario interpretatiuo, quod explicuit PAVLLVS SLEVOGT *de voluntario* §. 38. p. 771. sq. *disputationum academicarum.*

§. XII.

Vt iam non dicam de alia adhuc caussa, quae veteres iureconsultos permouit, vt statuerent, in rebus merae facultatis seu liberi arbitrii locum non habere praescriptionem. Scilicet secundum romanorum doctrinam, actus vitae ciuilis omnes, ad duo capita referri possunt. Vel enim tales sunt, qui sola facultate agentis et voluntate contenti, ab vno plene ac legitime queunt expediri: vel ad sui implementum et exercitium voluntatem alterius requirunt et concursum. Hos iterum duplicis generis esse voluerunt. Nam aut praeter agentis voluntatem, alterius consensum quidem postulant, ita tamen, vt alter non possit cogi ad consentiendum, quales sunt contractus omnes, matrimonium et similia: aut ita concursum alterius desiderant, vt nisi sua sponte concurrat ille, auctoritate publica ad hoc cogi queat. Huc pertinent cuncta

cuncta negotia, quae per actionem possunt expediri. Vide PETRI DE TOVLLIEV *collectanea iuris* §. 13. p. 115.

§. XIII.

Notandum quoque est e romanorum iurisprudentia, quod temporibus antiquis omnes actiones fuerint reuera perpetuae et immortales, et actioni soli in rem, concurrentibus tamen requisitis vsucapionis, potuerit praescribi. Dein vero romanis placuit, vt cunctae actiones certo tempore, videlicet XXX. vel XXXX. vel L. annis exstinguerentur. Hunc modum vocabant praescriptionem, quo aliquis esset sollicitudinis et litium finis. Inde nunc sequi putabant iureconsulti veteres, quod ea omnia, quae per litem vel per actionem expediri possunt, sint praescriptioni obnoxia. At vicissim ea, quae absque alterius coactione, sine lite vel absque actione peragi et exerceri possunt, praescriptionis legem haud agnoscere contendebant romani, sed pro rebus merae facultatis habebant. PETRVS DE TOVLLIEV l. c. §. 14. p. 115.

§. XIIII.

§. XIIII.

Aliter hic incedere videas dn. SAMVEL. L. B. DE COCCEII libro XXXXI. titulo III. quaeſt. XIII. p. 452. *iuris controuerſi*, vbi probe ſecernendas eſſe tradit res, quae non tangunt alterius ius, ſed noſtrum, et in quibus nihil transferri ab vno in alium poteſt; vti nuda facta, in ſe ſpectata, ſine re, v. g. edere, ridere, quae ab alio non poſſideri, et ſic nec vſucapi poſſunt. Dein res merae facultatis illas etiam dici res exiſtimat, quae in alium transferri poſſunt, et ab alio poſſideri, atque praeſcribi. Verum quia animus poſſidendi abeſt, ideo non praeſcribuntur. Inde concludit, quodſi res merae facultatis de mero actu naturali intelligantur, tunc fruſtra quaeratur: an vſucapi vel praeſcribi poſſint? Sin vero de tali re agatur, cui ius aliquod adhaeret, quod in alterum transferri poteſt, in rebus merae facultatis vſucapio vel praeſcriptio obtineat, vbi nimirum quis ius quaſi poſſederit.

§. XV.

Firmum igitur eſt, quod illis rebus, quae ſunt merae facultatis, id eſt, libertatis adhuc natura-

naturalis, non praeſcribatur. Certum pariter eſt, quod iſtiusmodi actus merae facultatis nullam inducant conſuetudinem, ceu recte obſeruauit LVDOVICVS ENGEL in *collegio iuris canonici* libro I. tit. IIII. num. 9. p. 67. Vbi enim nulla obligatio, quam vocant, putatiua ad agendum, aut neceſſitas aliquid faciendi, ſed pro cuiusuis arbitrio huiusmodi actus vel fieri, vel omitti poteſt; ibi nulla conſuetudo poteſt introduci, et nulla locum habet praeſcriptio. Sic vbi quis domum ſuam altius nunquam aedificauit, non erit contra eum praeſcriptum, ſed pro lubitu ſemper altius aedificare poterit, niſi vicinus prohibuerit volentem, et is acquieuerit. Nam quod nemo animo poſſidendi exercet, et nec praeſcribit. Eodem modo, ſicut dominus, qui re ſua per longiſſimum tempus, immo infinitum, non vtitur, haud amittit eam non vtendo, quoniam de eius dominio conſtat. Simili ratione, ſi quis ad molendinum quoddam diu frumenta pertulit, non ſtatim ſequitur, vt molitor ſibi acquiſiuerit ius per hoc longum tempus, quia caruit animo poſſidendi aliquod ius negatiuum, ne al-

ter fruges suas ad aliam molam vehat. Secus autem se res haberet, si molitor iste ius sibi arrogauerit, et alterum prohibuerit, ne molat alibi. Hoc enim casu, vbi alter acquieuit, per prohibitionem adeptus est molitor quasi possessionem iuris negatiui, ne videlicet alter alibi molat sua frumenta, et hac ratione praescribit. Consulere poteris SAMVELEM L. B. DE COCCEII in *iure controuerso* libro XXXXI. tit. III. quaestione XIII. p. 452.

§. XVI.

Ergo solitarius vsus, licet hic fuerit longissime exercitus, in rebus merae facultatis non tribuit possessionem. Quare opus est, vt accedat prohibitio, et alter in ea acquiescat, tunc vtique possessio acquiritur. HVGO GROTIVS *de iure belli et pacis* libro II. capite IIII. §. 15.

§. XVII.

Porro res merae facultatis etiam tunc ordinaria praescriptione amitti crederem, si nempe prohibitio non vsum praecessit, vel, vt CAIVS in lege 6. pr. D. *de seruitut. praedior. vrb.* loquitur, vbi aduersarius simul libertatem

tem vſuceperit, hoc eſt, dominum, qui ius ſuum exercere voluit, prohibuerit, dominus autem in ea prohibitione per legitimum tempus acquieuerit. IO. HENRICVS DE BERGER in *oeconomia iuris* libro II. tit. II. §. 22. not. I.

§. XVIII.

Inter praemonita de rebus merae facultatis referenda omnino eſt quaeſtio: vtrum res merae facultatis rebus corporalibus, an vero rebus incorporalibus ſint accenſendae? Et quilibet primo intuitu animaduertet, quod omnino pertineant ad res incorporales. Etenim res merae facultatis, quod ex iis, quae mox dicturus ſum, manifeſtum erit, ex factis et actibus conſiſtunt. Quapropter extra omne dubium eſt poſitum, quod res merae facultatis ſpectent ad res incorporales. Huius rei teſtem audire potes, ſi velis, IO. SCHILTERVM l. c.

§. XVIIII.

Id adhuc ſine obſeruatione non eſt dimittendum, quod quidam res merae facultatis ita dictas arbitrentur, quia ipſis opponatur facultas mixta, id eſt, quae partim in

agente eſt, partim in eo, qui publica auctoritate ad cogendum eſt inſtructus, qualis eſt iudex. Igitur dicunt, vbi actus ſimul vtrumque deſiderat ad ſui implementum, ibi adſunt res mixtae facultatis. Qui vero actus ſola et vnica agentis facultate et voluntate peragi plene ac legitime poſſunt, illos vere et proprie actus merae facultatis eſſe vocandos contendunt. Vide PETRVM DE TOVLLIEV p. 116. *collectaneorum* §. 14.

§. XX.

His rite praemiſſis, nunc tempus eſt, vt, quid proprie ſint res merae facultatis, in ſenſu iuris romani, diſpiciam. Mirum in modum heic variare video iuris ciuilis interpretes, et fere omnes inter ſe pugnantes hoc in argumento apparent. Longum eorum catalogum texuit PETRVS DE TOVLLIEV in diſſertatione de luitione pignoris et rebus merae facultatis, quae proſtat inter collectanea eius edita a IOANNE WOLBERS p. 106.-163. vt fere videatur iuriſconſultos in definiendis rebus merae facultatis inter ſe periculum virium ſuarum facere voluiſſe.

Etenim

Etenim aliter eas definit HVGO GROTIVS *de iure belli et pacis* libro II. capite IIII. §. 15.; aliter VLRICVS HVBER in *praelectionibus* ad titul. D. *quibus modis pignus vel hypotheca soluitur;* aliter ARNOLDVS VINNIVS libro II. capite VI. *quaestionum illustrium;* aliter GEORGIVS ADAMVS STRVV exercitatione ad π. XXXXI. §. 22. num. 3.; aliter IO. SCHILTER exercitatione ad π. IIII. §. 20. p. 53. aliter PETRVS DE TOVLLIEV l. c. §. 25. p. 122.; aliter DAVID MEVIVS parte I. decis. LX.; aliter HENRICVS DE COCCEII in dissertatione de *rebus merae facultatis;* aliter NICOLAVS CHRISTOPHORVS L. B. DE LYNCKER in *analectis ad* STRVVII *syntagma iuris ciuilis* libro XXXXI. titulo III. §. 22. et in emendationibus ad hunc locum p. 50. et, qui eum sequuntur, MICH. HENR. GRIBNER tomo IIII. *opusculorum iuris publici* sectione IIII. vbi de iure suffragandi, vsu intermisso, non pereunte, agit, §. 18. nec non AVGVSTINVS A LEYSER l. c. meditat. I. p. 232.; aliter IVSTVS HENNING BOEHMER in *iure ecclesiastico protestantium* libro II. titulo XXVI. §. 33.; aliter MATTHIAS BERLICH parte II. *conclusionum practicarum* III. n. 8.; aliter WOLFG. ADAMVS LAVTERBACH in *collegio theoretico-practico* libro XXXXI. titulo III. §. 18. p. 701.; aliter AMADEVS ECKOLT in *compendiaria pandectarum tractatione* libro XXXXI. titulo III. §. 10. p. 583.

Alii denique aliter.

CAPVT II.

DE THEORIA ET PRAXI RERVM MERAE FACVLTATIS AD NORMAM IVRIS CIVILIS.

CONSPECTVS CAP. II.

§. XXI. *Definitio nostra de rebus merae facultatis. Significatio vocum*, rei, merae *et* facultatis. *Hanc doctrinam de rebus merae facultatis, ICti eliciunt per consequentiam e L. 2. D.* de via publica. *Dubia de vera lectione huius legis a* LEVNCLAVIO *mota. Certa haec redditur et stabilitur fide* Βασιλικῶν.

§. XXII. XXIII. XXIIII. *Quae vt eo melius intelligatur, statim adferuntur diuisiones rerum merae facultatis. Sunt vel vere tales, vel in relatione quadam. Quod illustratur et demonstratur. De vsu seruitutis itineris: mutatione patriae: exercitio opificii: emtione et inhabitatione aedium: facultate molendi et pascendi: inuitatione ad conuiuium: matrimonio cum persona diuersae religionis.*

§. XXV. *Aliud discrimen adsertur, inter res, quae non tangunt alterius ius, et eas, quae in alium possunt transferri.*

§. XXVI. *Alia adhuc distinctio inter res facultatis publicae vel priuatae. Quid per illas intelligant?*

§. XXVII. *Quid res priuatae facultatis significent? Quid de discrimine inter facultatem facti et iuris sit statuendum?*

§. XXVIII. *Reditur ad definitionem. Quae nunc exponitur. Quid notet vox* actus?

§. XXVIIII. *Quid sit facultas libera? haec oritur vel e libertate connata, vel e lege.*

§. XXX. *Huius rei probatio ex articulo V. §. 35. instrumenti pacis Westphalicae.*

§. XXXI. *Aliud adhuc adsertur exemplum de facultate salinas possidendi.*

§. XXXII. *Cur vox* facultas *in definitione fuerit adhibita.*

§. XXXIII. XXXIIII. XXXV. *Quid sibi velint vocabula* qualecunque *et* voluntas, *quae in definitio-*

nitione leguntur. Id quod demonstratur et illustratur. De iure suffragii in comitiis imperii: de libera electione caesaris in Germania: de molae et cauponae exstructione ac de piscatione.

§. XXXVI. *Quare vox* vnice *conspiciatur in definitione?*

§. XXXVII. XXXVIII. *Cuius ratio apponitur. De facultate vtendi via publica: de iure aedificandi in suo: de latrina struenda.*

§. XXXVIIII. XXXX. *Vbi facultas agentis vnice non adest, ibi cessat res merae facultatis esse. Firmatur demonstratione, ab aditione hereditatis petita, et iure res suas vindicandi: iure coquendi et vendendi cereuisiam.*

§. XXXXI. *Prohibitio facit, vt facultas vnice non amplius supersit.*

§. XXXXII. *Nec non legis dispositio facultatem tollit.*

§. XXXXIII. *Quod demonstratur exemplo de iure stolae inter euangelicos et catholicos, controuerso.*

§. XXXXIIII *Facultas vnice agendi cessat etiam, si obstent boni mores, quo minus nunc aliter agas.*

§. XXXXV. *An etiam decorum eodem effectu gaudeat?*

§. XXXXVI. XXXXVII. *An gerere gladium vel pallium sit res merae facultatis? De cancrae imperialis dispositione hac de re. Quid vsuueniat in academiis, in conuentibus prouincialibus?* BOEHMERI *sententia hoc de argumento.*

§. XXXXVIII. XXXXVIIII. *Nostra sententia de vsu gladii vel pallii, si res ex analogia iuris ciuilis sit decidenda.*

§. L. *Num quae debentur ex contractu, ad res merae facultatis sint referenda? v. g. ius luendi pignus: repetitio depositi: ius retroemendi: actio ad retrouenditionem.*

§. LI. *Recte heic versatus est* DE COCCEII, *cui adsentimur, et quaestionem, §. L. propositam, affirmamus, quia non adest hic facultas vnice agendi, ob legis dispositionem generalem. Venditio et emtio vini iure ciuili est res merae facultatis.*

§. LII. LIII. LIIII. *Quod demonstratur. De iure coquendi cereuisiam et conficiendi vinum adustum in ducatu Meclenburgico.*

§. LV. LVI. LVII. LVIII. *Secundum ius ciuile res merae facultatis est, molere frumenta sua extra territorium. Quod illustratur.*

§. LVIIII. LX. *Item facultas exstruendi molendinum. Id quod probatur.*

§. LXI. *Ex analogia iuris ciuilis sequitur, vt ius furni sit res merae facultatis. Illustratur.*

§. LXII. *Mutare faciem fundi sui, est*

§. XXI.

Ego quidem secundum ea, quae huc vsque dixi, et, ex praescripto regularum logices, res merae facultatis, seu meri arbitrii sic definirem, quod sint actus ad quorum exercitium qualecunque, facultas libera et voluntas agentis vnice requiritur.

I.

Vocabulum REI a iureconsultis ideo heic fuit adhibitum, quia vox *rei* in iure transcendit omnia vocabula; vt modo pecuniam, modo substantiam, modo bona et quidquid in patrimonio nostro vel extra illud est, nec personis aut actionibus annumeratur, ambitu suo comprehendat, L. 5. D. *de V. S.* Dein rei appellatione, et caussae et iura continentur L. 23. D. *de V. S.* IO. GOEDDEVS in *commentario de verborum significatione* p. 128. vbi vocem rei plus quam viginti significationes recipere testatur, ac tam late patere, vt ad omne ens et non ens referri queat. ISIDORVS libro V. *originum* capite XXV. quae leguntur inter DIONYSII GOTHOFREDI *auctores latinae linguae* col. 931. *res*, inquit, *sunt*, *quae in iure nostro consistunt.*

MERVM notat purum, solum et simplex, teste BARNABA BRISSONIO *de verborum*, *quae ad ius pertinent*, *significatione*, libro XI. h. v. et SEXTO POMPEIO FESTO *de V. S.* p. 99. editionis Scali-

Scaligerianae. Hinc mera voluntas idem est, ac si diceres voluntas nuda, soluta et libera, L. 75. D. *de legatis*. 1. L. 18. D. *de adimendis legatis*, NONIVS MARCELLVS *de proprietate sermonum*. Confer IO. PINCIERII *parerga otii Marpurgensis philologica* libro IIII. cap. XXXXIII. p. 623. sq. S. POMPEIVS FESTVS *de veterum V. significatione* libro VI. col. 1170. editionis Aldinae, *merum*, inquit, antiqui dicebant *solum*.

FACVLTAS idem est ac copia et potestas faciendi. S. POMPEIVS FESTVS l. c. col. 1151. facultatem quasi facilitatem dictam putat, quam postea de rebus quoque adhibuisse latinos testatur. Libera mortis facultas occurrit in L. 8. §. 1. D. *de poenis*. Et quod alii res merae facultatis vocant, HVGO GROTIVS *de iure belli ac pacis* libro II. capite IIII. §. 15. *iura libertatis*, alii vero *res meri arbitrii* appellant. Nam *arbitrium* interdum significat cuiusuis voluntatem, id est, quod in mera voluntate positum est, et arbitrium plenum voluntatis indicat. Vide L. 7. §. 1. D. *de rebus dubiis*. L. 28. D. *de adoptionibus*.

II.

Doctrinam de rebus merae facultatis iurisconsulti per consequentiam e lege 2. D. *de via publica* fabricarunt, prout liquet e IO. BRVNNEMANNI *commentario ad pandectas* libro XXXXIII. tit. XI. lege 2. p. 1198. Vtut haec lex extra omne dubium non sit posita. Namque, si fides habenda IO. LEVNCLAVIO libro II. *notatorum* col. 1524. tomi III. *thesauri iuris Ottoniani* n. 95. *viam publicam populum amittere posse non vtendo* in Florentino codice legitur, et negatio a graecorum etiam interpretatione abest. SIEG. REICH. IAVCHIVS vero in *meditationibus de negationibus pandectis Florentinis adiectis*, capite I. p. 4. adfirmat, negationem, id est vocem *non* L. 2. *de via publica* adiiciendam esse, atque graecos negationem in ecloga capite XIII. secutos fuisse, nec non HALOANDRVM, idque recte. Nam libro LVIII. titulo VIII. Βασιλικῶν tomo VI. p. 778. lex 2. quam dixi, ita legitur: *ἡ δημοσία ὁδὸς τῇ ἀχρησίᾳ οὐκ ἀπόλλυται*; *via publica non vtendo non amittitur*.

§. XXII.

Sunt autem res merae facultatis vel vere tales, vel quoad quandam relationem tales.

 Nam

Nam ſi quis ſeruitute itineris gaudet, tunc ſeruitus ſiue actus itineris, quatenus exercetur, non eſt res merae facultatis, quoniam ipſi intra decennium praeſcribitur. Rebus enim merae facultatis (§. xi. ſqq.) plane nunquam praeſcribi poteſt. Quatenus vero hoc vel iſto tempore, id eſt, hac vel illa hora exercetur, tunc vtique eſt res merae facultatis, hoc eſt, ſeruitus itineris ratione temporis, quo ea quis vtitur ſecundum legum praeſcripta, ad res meri arbitrii recte refertur, ſaltem in relatione horae huius et illius. Etenim, ſi quis ſeruitute itineris gauderet, et ea ſecundum legum praeſcripta vteretur, ſed inter horam primam et ſecundam intra viginti annos eam non exercuiſſet; ipſi tamen licebit, ea vti hora alia. Igitur hoc reſpectu eſt res merae facultatis, et hoc intuitu nulla praeſcriptio tunc locum habet. Patriam mutare et domicilium intuitu eorum, qui liberi ſunt, non homines proprii, eſt res merae facultatis. Confer HERM. ANT. MAR. DE CHLINGENSPERG *de hofmarchiali iure* capite XXIIII. p. 137. Datur ergo diſtinctio inter res merae facultatis abſolute et relatiue tales.

§. XXIII.

§. XXIII.

Ita opificium ſuum exercere, aedes emere ac inhabitare, eſt quidem res merae facultatis, ſed non abſolute talis. Etenim doctores, profeſſores, aduocati, aliique litterati, prohibere poſſunt fabros, malleatores, aliosque, qui cum ſtrepitu vel foetore artem ſuam exercent, ne in vicinia aedes inhabitent, et litteris operam dantes turbent. Vide SAMVEL STRYK *de iure ſenſuum* diſſertatione III. cap. II. n. 10. et ANTONII FABRI *ſtaats-cantzeley* tomo II. p. 622. vbi reſponſum Ienenſe, Lipſienſe et Vitenbergenſe hoc de argumento exhibet. Ergo opificii exercitium, emtio et inhabitatio aedium diuerſo ſaltem reſpectu eſt res merae facultatis. Sic opificii exercitium, vbi artificum numerus eſt clauſus, res merae facultatis non eſt. Muſicam exercere, alta voce legere, in ſe res eſt merae facultatis. Si autem vicinus ſtudioſus turbetur in ſtudiis ſuis, tunc id res merae facultatis eſſe deſinit, et prohibendi ius locum inuenit, teſte IO. HENR. DE BERGER in *oeconomia iuris* libro III. tit. V. §. 25. nota 3. p. 694.

§. XXIIII.

Molere in hoc vel illo molendino referunt vulgo ad res merae facultatis. (§. XIIII.). Quapropter, ſi quis moluerit per tempus immemoriale in quodam molendino, non tamen cogi poſſe talem arbitrantur DAVID MEVIVS part. I. dec. LX., IO. PHILIPPI in *vſu practico Inſtit.* p. 319. WOLFGANGVS ADAMVS LAVTERBACH in *collegio theoretico practico* libro XXXXI. titulo III. §. 18. alii. Id quod appellant rem merae facultatis, abſolute talem. Pecora ſua in agris ſuis paſcere, res merae facultatis eſt. Alterum ad conuiuium inuitare, res eſt merae facultatis. Matrimonium cum perſona diuerſae religionis inire, inter res merae facultatis refert AVG. A LEYSER l. c. p. 263.

§. XXV.

Porro diſtinguunt res merae facultatis in res, quae non tangunt alterius ius, ſed noſtrum, et illas, quae in alium queunt transferri, ac ab eo poſſideri (§. XIII.).

§. XXVI.

Dein res merae facultatis diſcernunt eas, quae ſunt facultatis publicae et priuatae. Publi-

Publicas vocant, quae iure naturali et publico competunt, id eſt, quae circa res communes et publicas fieri, vel non fieri poſſunt, vt ire per viam publicam, vel non ire, L. 2. D. *de via publica.* Alii etiam publicas appellant res merae facultatis, quae a publica fiunt poteſtate, vt ſit actus publicae facultatis, exercere quendam actum imperii, aut eum omittere.

§. XXVII.

Priuatae autem facultatis res dicunt, quae iure priuato ad ſingularem hominem deferuntur, et in priuata agendi facultate libera conſiſtunt, nullam tamen cauſſam obligandi habent. Vt facere aliquid in ſuo, vel non facere, vel etiam ex mera gratia alicui aliquid permittere. Ceterum diſtinctio inter facultatem facti et iuris huc non quadrat. Vide GE. ADAM. STRVV in opuſculo *de eo, quod iuſtum eſt circa res merae facultatis*, capite II. §. 2.

§. XXVIII.

Dixi, quod res merae facultatis ſint ACTVS. Namque res merae facultatis ſunt res, quae in facultate conſiſtunt. Res autem

facultatis eſt, quidquid per facultatem poteſt fieri. Ergo adeſſe debet effectus facultatis. Hic eſt vel praeſens vel futurus, hoc eſt, actus futurus aut praeſens. Actus quoque heic non eſt conſequens rerum, ſed facultatis. Fruſtra igitur eſſet, qui obiiceret, quod res merae facultatis non ſint actus ipſi, ſed effectus actuum. Nec eſt, vt generis loco ponatur vocabulum *res*, quia quaeſtio hic eſt de definitione *rei*.

§. XXVIIII.

Facultas libera indicat, vel naturalem libertatem, vel ciuilem. Siquidem aliae res merae facultatis, vel e connata libertate proficiſcuntur, (§. VII. ſeq.) vel e ciuili libertate originem trahunt. (§. VIIII.)

§. XXX.

Exemplum rei meri arbitrii, e lege publica proficiſcentis, proſtat in tabulis pacis Weſtphalicae, articulo V. §. 34. Quamuis enim inter catholicos et euangelicos ſtatus anni CIƆIƆCXXIIII. ſit pro regula in excolendis ſacris; voluerunt tamen paciſcentes, vt maneat res merae facultatis, ſacris in vicina eccle-

ecclesia vti, quando ecclesia loci, in quo viuit aliquis, diuersam ab eius religione fouet. Ergo praeter statum anni decretorii heic constituta legitur res merae facultatis, quae consistit in libertate ciuium catholicorum et euangelicorum in quadam prouincia habitantium, quae diuersam a sua profitetur religionem, tametsi hi anno CIↃIↃCXXIIII. publicum vel etiam priuatum religionis suae exercitium nulla anni parte habuerint in vicinia, vbi et quoties voluerint, publico religionis suae exercitio interesse. Recte igitur CASPAR ZIEGLER *de iuribus maiestatis* libro I. cap. VIIII. §. 4. et AVGVSTIN. A LEYSER l. c. medit. XX. hanc facultatem, religionem suam in vicinia exercendi, pro communi cunctorum germaniae ciuium iure reputant. Atque heic habemus rem merae facultatis e lege publica, nulli vnquam praescriptioni obnoxiam.

§. XXXI.

Sic Halae Magdeburgicae lex est, ne quis, nisi ciuis, salinas habeat, quod actus est merae facultatis, intuitu ciuium Halensium, quorum vnus, licet per longissimum tempus

ab eiusmodi actu abstinuerit, ius tamen agendi non amittit. Habes itaque actum merae facultatis e facultate ciuili oriundam.

§. XXXII.

Noli autem dicas, vocabulum *facultas* heic male adhiberi in definitione, quum istud sit vox definiti, quae explicari debet. Nec obest, quod nullus character, declarans hoc vocabulum, heic inueniatur, adeoque idem per idem definiatur. Verum enim vero iam iam dixi (§. XXVIII.) quod heic potissimum sit dispiciendum, quid sit res facultatis, non autem, quid sit facultas. Nec est, quod loco vocis facultas dicas: competens dispositio. Sic Stanislaus competentem dispositionem ac voluntatem ambiendi regnum Poloniae habebat. At vero, quum ipsum deficeret facultas, huius regni haud est potitus. Dein praeter liberam facultatem, requiritur voluntas agentis seu arbitrium, hunc vel illum actum peragendi vel omittendi.

§. XXXIII.

Praeterea fieri potest, vt quis aliquem actum omittat, quod ipsi licet ob libertatem natura-

naturalem. Ita suffragium in comitiis imperii germanici ferre vel non ferre, pro re merae facultatis habet MICHAEL HENR. GRIEBNER loco supra laudato. Vide AVGVSTIN. A LEYSER l. c. medit. XII. p. 241.

§. XXXIIII.

Eum in finem adhibui in definitione vocabula, *qualecunque* et *voluntas*. Constat inter omnes, quod electores e proceribus germanicae nationis quemdam in caesarem eligere possint. Licet vero per longissima tempora non alium, quam principem e gente austriaca elegerint, adeoque ius suum, ex alia familia caesarem eligendi, omiserint; attamen onus et necessitatem per hoc sibi non imposuerunt.

§. XXXV.

Hinc, si quaestio sit: an quis ideo possit alium a nouae molae exstructione in flumine publico prohibere, quia ipse in eodem fluuio molam a longissimo tempore solus possedit? item num quis cauponae publicae exercitor alium vetare queat, ne nouum diuersorium in vicinia instituat? Recte IO. SCHNEIDEWI-

NVS AC PETRVS DE TOVLLIEV ex dogmate romanorum eam negant. Quia vſus vnius in rebus merae facultatis, non obſtat, quo minus eo et vtatur alius. Idem dicunt de venatione in publica ſilua et piſcatione in tali aqua. Quoniam iure romano in ſaltu publico venari, et in parte fluminis publici piſcari, res eſt merae facultatis. Quodſi vero aliquis, ſolus per longiſſimum tempus piſcatus venatusue ſit, caſu id factum eſſe creditur. Ergo hic alios a piſcatione ac venatione, in eodem loco inſtituenda, non poteſt prohibere.

§. XXXVI.

Vox *vnice* in definitione excludit non ſolum omnia iura cogentia et prohibentia, ſed etiam remouet tempus in lege determinatum, ergo etiam praeſcriptionem.

§. XXXVII.

Nam, ſi quis in peragenda quadam re liberae facultatis mihi contradicat, et ego in hac prohibitione acquieuerim; tum ceſſat res eſſe merae facultatis (§. XVI.); quia voluntas agentis *vnice* non amplius adeſt.

§. XXXVIII.

§. XXXVIII.

Sin vero facultas libera et voluntas agentis vnice adſunt; tunc vtique hunc actum pro lubitu ſuſcipere poſſum, nec ad eius exercitium vlla actione, vel iurisdictionis contentioſae auxilio, indigeo. Nam actio eſt ius perſequendi. Nemo autem perſequi poteſt id, quod iam habet. Sic, vt vtar via publica, pendet vnice a facultate libera, et voluntate alicuius. Similiter aedificare in ſuo, etiam cum vicini incommodo, ſeruitutem rei ſuae imponere, a communione recedere, ſunt res merae facultatis.

Non tamen aedificare licet, vt iſto opere nouo dammum inferatur vicino. Quapropter latrinam aliquis ſuae domui addere non poterit, ſi vicinus inde ſentiat damnum. Tum ergo ius contradicendi hic habet. Id quod ex ſequenti reſponſo liquet:

Ob man Trümbachiſcher ſeits von rechtswegen ſchuldig erkannt werden könne, zu geſtatten, daß durch ein hauß, welches in einen garten geſetzet iſt, allwo keine bauſtätte vormahlen geweſen, dem Trümbachiſchen garten und der daran ſtehenden wand ſchaden, und im garten ein unangenehmer geruch verurſachet werde?

Ob nun wohl an dem iſt, daß, wenn ein heimliches gemach von des andern wand drey ſchuhe weit abſtehet, der nachbar ſolches leiden müſſe, wie dieſes das Sachſen-recht im weichbild art. 122. *ausdrücklich beſaget: backöſen, heimlichkeiten und ſchweinkobeln ſollen drey fuß von dem zaun ſtehen, geſtalt auch hierauf täglich geſprochen und alſo dieſe verordnung genau beobachtet wird,* DE BERGER in *oecon. iur.* p. 313. MENCKEN in *theor. et praxi ff.* L. 8. tit. 2. §. 7. in fin. *abſonderlich da ſelbiger die gemeine rechte beytreten, inmaſſen dieſe einem ieden auf dem ſeinigen, wenn auch ſchon daſelbſt kein bauplatz*

 iſt,

ist, und der ort vorhero nicht bebauet gewesen, seines gefallens, auch mit des nachbars ungemach, zu bauen gestatten, L. 24. §. vlt. L. 26. D. *de damno infecto.* L. 1. §. 12. L. 21. D. *de aqu. et aqu. pluu. arc.* L. B. DE LYNCKER vol. I. respons. LXXXII. num. 18. RICHTER dec. VI. n. 4. 6. 7. *nicht zu gedencken, daß der unflath aus den streitigen heimlichkeiten auf den Meisebugischen grund und boden fället, und durch den Trümbachischen garten nicht geleitet wird, disseits ein recht, sothane heimlichkeiten zu verbieten, nicht erscheine, anerwogen derienige, welcher seines rechts sich bedienet, über niemanden ein unrecht dadurch verhanget*, L. 9. §. 1. D. *de condict. caussa data; gestalt dann auch wegen des entstehenden gestancks und verdrüßlichen aussicht, eine beschwerde nicht geführet werden möge, wie dieses* CARPZOV dec. CVIII. *des mehrern zu erharten gesucht, einfolglich kein mittel desfals übrig zu seyn scheine, als daß zu vermeidung der unangenehmen aussicht, ein gegen-bau errichtet, und also die schencke hinwiederum auf der Trümbachischen seite verbauet werde.*

D. a. u. d, dem beschehenen anziehen nach, der Trümbachischen garten-wand und den bäumen durch die neuerlich gefertigte priveten, ein würcklicher schade zuwächset, gleichwohl die rechte ausdrücklich verordnen, daß ein nachbar dergleichen schaden zu leiden nicht schuldig sey, L. 17. §. 2. D. si seruit. vindic., *Derowegen nach maßgebung sothanen gesetzes ein schädliches privet allerdings weggebracht werden muß*, LEYSER in *medit. ad ff.* spec. CVII. medit. VI. p. 432. vol. II. Add. LVDOVICVS VITALIS libro II. *lectionum variarum* apud EVER. OTTONEM tomo II. *thesauri iuris* col. 667. 668. *wozu noch kommt, daß ein nachbar, wegen eines garstigen gestancks, dergleichen heimlichkeiten zu dulden nicht gehalten ist*, L. 2. §. 29. D. *ne quid in loco publ.* L. 8. §. 5. D. *si seruit. vindic.* STRYK *de iure sensuum* dissert. V. cap. III. n. 19. 20. CAEPOLLA *de seruitut.* capite LXV. n. 7. *Hiernächst die in den zweifelsgründen angezogene verordnung des Sächsischen rechts dasigen orts in einige betrachtung nicht kommen mag.*

So ist man Trümbachischer seits theils wegen des schadens an der wand und an den bäumen, theils wegen des garstigen geruchs die in frage gekommene priveten zu leiden nicht schuldig.

Vides igitur, quod libertas aedificandi in suo, sit res merae facultatis non absolute, sed diuerso respectu talis. (§. XXII.)

§. XXXVIIII.

§. XXXVIIII.

Vbi contra facultas libera et voluntas agentis vnice non adeſt; ibi res aliqua merae facultatis eſſe deſinit. Sic adire hereditatem eſt, eſt ius; omni autem iuri praeſcribitur, L. 3. et 4. C. *de praeſc. xxx. vel xxxx. annor.* Ergo hereditatis aditio non eſt res merae facultatis, quidquid etiam contradicat PETRVS DE TOVLLIEV l. c. §. 53. ſeqq. Vbi enim ratione actus alicuius adeſt tempus determinatum in iure, ibi actus ille non amplius eſt *vnice* in facultate libera et voluntate agentis. Recte igitur ANDREAS FLORENS RIVINVS in *theſibus iuris controuerſi* §. 95. p. 27. ſtatuit, quod, ſi heres teſtamentarius per annos triginta ceſſauerit, in hereditate adeunda, non poſſit eam adhuc adire; ſed per heredem legitimum praeſcriptionis triginta annorum titulo excludatur.

§. XXXX.

Res ſuas a tertio poſſeſſore vindicare, non eſt res meri arbitrii; quia rei vindicationi triginta annis praeſcribitur, ne videlicet dominia rerum ſint in incerto, et lites de iis

immortales fiant. Eo pariter refert IO. BALTHAS. L. B. DE WERNHER in *enunciatis iuris*, enunc. CIIII. p. 220. ius coquendi et vendendi cereuiſiam; quippe quod ſolo non vſu amitti ſtatuit. Idem ſentit NIC. CHRIST. L. B. DE LYNCKER vol. I. reſp. LXV. n. 56. 76. 77.

§. XXXXI.

Quam primum in rebus, quae ſunt merae facultatis, accedit alterius prohibitio, itemque coactio ab vna, et patientia ab altera parte; tunc ſane illa res vnice in voluntate et facultate agentis non amplius conſiſtit. (§. XIIII.) Et ſufficit vnicus etiam actus prohibitiuus itemque coactiuus ad praeſcriptionem iuris prohibendi et cogendi, dummodo ea actu contrario non fuerit interrupta. Dein ſatis eſt, vt alterum, ſimile facturum, prohibuerit, aut coegerit, et hic in ea prohibitione conquieuerit. IO. HENR. DE BERGER in *oecon. iuris* l. c. NICOL. CHRISTOPH. L. B. DE LYNCKER vol. I. reſp. XV. n. 100.

§. XXXXII.

Vbi etiam legum diſpoſitio obſtat, quo minus rem, alias merae facultatis, peragam; ibi

ibi ceſſat talis res eſſe actus merae facultatis. Nam legis prohibitio impedit, quo minus ex praeſcripto facultatis liberae et voluntatis meae vnice agam.

§. XXXXIII.

Sic iura ſtolae, per iuris canonici tradita, obſeruamus in germania. Nec adparet e tabulis pacis Weſtphalicae, vel ex alia lege imperii, quod huic diſpoſitioni fuerit abrogatum. In ſaluo igitur ſunt talia ſtolae iura tam catholicis, quam euangelicis clericis. Non igitur, video, quo iure collegio ſacerdotum Magdeburgicorum iura ſtolae negentur, quae ipſis praeſtanda ſunt a parentibus catholicis, qui in coenobio, quod in ſuburbio Magdeburgico diuae Agneti ſacrum eſt, liberos baptizari et matrimonia conſecrari, curant. Etenim, ſi vel concederem CASPARI ZIEGLERO *de iuribus maieſtatis* libro I. capite XIIII. §. IIII. HENRICO HENNIGES in *meditationibus ad inſtrumentum pacis Weſtphalicae*, art. V. §. XXXIIII. lit. I. et AVG. LEYSERO l. c. medit. XX. quod publicum religionis ſuae exercitium notet vſum ſacrorum, hoc eſt, praeter frequentationem conuentuum ſacro-

rum

rum ordinariorum, etiam baptismum, iusta funebria et reliqua, quae ad iura stolae referuntur, complectatur; attamen haec doctrina extra omne dubium nondum est posita. Et, quidquid demum sit, hoc profecto certum est, quod eiusmodi facultas religionem suam exercendi, ex praescripto iurium communium de iuribus stolae omnino sit capienda, praesertim dum legibus germaniae publicis his nequaquam derogatum legitur. Licet quoad reformatos clericos intuitu ciuium euangelicorum aliter sentiat NICOL. CHRISTOPH. L. B. DE LYNCKER vol. I. responso LXXXI.

§. XXXXIIII.

Nec dubium est, quod boni mores efficiant, vt, quod alias meri esset arbitrii, nunc tale non sit, sed, vt plane mulctentur illi, qui tale quid contra bonos mores admittunt. Nam voluntas agentis vnice hic non adest. Multa huius rei exempla praebent academiae, vbi haec vel illa actio legibus academicis expresse haud est prohibita, nihilominus tamen punitur, quoniam bonis moribus aduersatur.

§. XXXXV.

§. XXXXV.

At vero quid de decoro ſentiendum? Num et hoc libertatem actionum reſtringit, facitque, vt hoc illudue res merae facultatis non ſit amplius? ita ſi aduocatus gladio accinctus vel pallio indutus compareat, hoc in genere et primo obtuitu videtur eſſe res merae facultatis. Equidem, vbi diſpoſitio expreſſa hac de re proſtat, quiuis facile animaduertit, quod tunc fruſtra id rebus merae facultatis accenſeas.

§. XXXXVI.

Nam camera imperialis annis cIↄIↄc LXXV. cIↄIↄCLXXVIII. et cIↄIↄcxc. per decretum commune, *gemeinen beſcheid*, ſanxit, ne camerae aduocati et procuratores cauſſas orarent, non niſi palliati, absque gladio. Pariter camerali lege cautum eſſe dn. GE. MELCHIOR DE LVDOLF in *colloquiis familiaribus de ſtatu cameralis iudicii* p. 80. teſtatur, ne perſonae camerales, dum in peragendo munere ſuo occupantur, alia geſtent indumenta, quam nigra. Extra functionem muneris publicam vero gaudent libertate geſtandi ad morem

 ſecu-

ſeculi, pro cuiuslibet ea in re arbitrio vel delectamento, parſimonia maiore vel minore. At in forenſi actu, vt dixi, non aliis veſtibus quam nigris, et ſimilis coloris pallio indutum eſſe oportet quemlibet.

§. XXXXVII.

Interim, vbi talis lex non adeſt, ſed, ſolo vſu vigente, palliatos vidimus huc vsque profeſſores, curiae item prouincialis adſeſſores eiusque aduocatos, aliosue, vtrum tunc res ſit merae facultatis gladiatum vel palliatum prodire? Narrat AVGVST. A LEYSER l. c. medit. XXI. p. 248. quod in academia Iulia ante viginti circiter annos, ex quo id ſcripſit, profeſſor quidam ad ſenatum academicum vocatus, noluerit ſuffragium ferre, quod collegam quendam ſine pallio adſidere cerneret, nefasque hoc duceret. Ita conſtat praeſidem collegii moleſte tuliſſe, quod collegii adſeſſor, palliatus quidem, ſed tibialibus rubris indutus, comparuerit in conſeſſu. His rationibus permotus ſtatuit dn. IVSTVS HENNING BOEHMER vol. II. conſ. CCI. p. 268. ſqq. quod actiones confeſſoriae et negatoriae, ob

defi-

deficiens ius prohibendi, vel cogendi, in rebus merae facultatis locum non habeant. Idcirco, quum ordinis equeſtris perſonae negarent, quod ciuici ordinis homines in conuentu prouinciali, gladio accincti comparere poſſent, ſed pallio induti praeſto eſſe deberent, hi autem pallii vſum rem merae facultatis eſſe contenderent, iureconſulti Hallenſes quaeſiti reſponderunt, quod ordo equeſtris ciuici generis hominibus, ad conuentus prouinciales ablegatis, vſum gladii prohibere non poſſet, niſi ipſi nobiles palliati vellent incedere in conuentibus prouincialibus. Compara CHRISTIANVM THOMASIVM *de iure conſuetudinis et obſeruantiae* §. 38.

§. XXXXVIII.

Et exiſtimarem vtique tale quid eſſe rem merae facultatis. Iam enim non eſt quaeſtio: quid agendum ex regulis prudentiae, ſed quid ſit iuris? Hoc certum eſt, quod, ſi vnus heic ſe ſolum diſtingueret ab habitu reliquorum collegarum, is quoque ſuus ab omnibus haberetur, qui cuncta, inſtar obfirmati, arrogantis, difficilis atque moroſi ani-

mi, ad arbitrium ſuum referre vellet. Varius in eiusmodi rebus eſt ſeculi guſtus, et variat ſaepe, ita, vt quod hodie pro decenti habetur, olim indecens fuerit, prout variis exemplis firmat GE. MELCH. DE LVDOLF l. d. Gieſſae valde indecorum ante XX. annos erat, ſi bonarum litterarum ſtudioſus coram rectore et ſenatu absque pallio compareret, quod nunc quiuis pro indecoro et ridiculo ſit habiturus, ſi quis ſtudioſus iam palliatus in academico ſenatu conſpiceretur.

§. XXXXVIIII.

Deinde inter opifices mira ſaepe exoritur contentio: an hic vel ille pallio rubro vel caeruleo vti queat, contra morem in collegio opificum receptum. Quod vtique tamdiu pro re merae facultatis habetur, quamdiu non adeſt ius prohibendi, vel lex eiusmodi coercens.

§. L.

Supereſt controuerſia adhuc decidenda, quae mouetur circa ius, quod alicui debetur ex contractu, an ſcilicet tale ad res merae facultatis queat referri? Quilibet facile hic animad-

animaduertit, me in mente habere ius luendi pignus et repetitionem depositi, item ius retroemendi seu ius redimendi, et ad retrouenditionem agendi. Omni nisu defendere conatus fuit PETRVS DE TOVLLIEV, quod ius luendi pignus vtique rebus merae facultatis sit adnumerandum. Etenim luitionem pignoris pro solutione debiti habet, soluere autem, rem esse merae facultatis autumat. Dein censet, quod praescriptio non tollat obligationem, sed soli actioni, ex ea competenti praescribatur. Et licet impleta sit XXX. annorum praescriptio; attamen perpetuo viuere ac durare obligationem putat. Ex quo concludit, quod solutio semper possit fieri. Argumenta, quibus haec opinio impugnari potest, strictim percenset FRIDERICVS SCHRAG in *introductione ad pandectas* L. XIII. titulo VII. §. 12. p. 157. ac strenuum vindicem, vt ius luendi pignus inter res merae facultatis permaneat, egit IO. VOET in *commentario ad pandectas* libro XIII. tit. VII. §. 7. p. 684. sq.

§. LI.

Sed bene monuit HENRICVS DE COCCEII in dissertatione *de rebus merae facultatis*

§. 9. ſqq. quod luitionem pignoris fruſtra accenſeamus rebus merae facultatis; quia oritur ex conuentu, ſeu pendet a contractu, atque ideo, ſicut aliae actiones, ex contractu deſcendentes, praeſcriptioni tricennali eſt obnoxia, L. 3. C. *de praeſcript. xxx. vel xxxx. annor.* L. 1. C. *de annali exceptione.* Quemadmodum ergo ius luendi pignus ex contractu pendet; ita pariter res ſe habet cum depoſiti repetitione, teſte AVG. A LEYSER l. d. medit. XVI. p. 245.

§. LII.

Quum ad rem merae facultatis requiratur vnice voluntas et facultas agentis; inde ſequitur, vt ſecundum romanorum tradita, emtio vini ad actus merae facultatis omnino ſit referenda. Ergo emere poteſt quiuis vinum pro ſuo arbitrio et lubitu. Aſt ſi quis diu apud aliquem vina ſua comparaſſet: anne hic ex eo poſſeſſionem eſt nactus, et ius prohibendi, ne vina nunc alio loco, quam apud ipſum emat, ſibi adquiſiuit? Id quod vno ore negant iurium interpretes. Pariter in ducatu Meclenburgico, quum ciuitates negarent, quod nobilibus competat ius coquendi cereuiſiam

uiſiam et conficiendi vinum aduſtum, atque vendendi; hi tale pro re merae facultatis habuerunt, atque antiquiſſimam poſſeſſionem acriter defenderunt. Vide *iuſtiſſimam deciſionem imperatoris in cauſa Meclenburgica* claſſe II. tit. x. p. 79. et *des Meclenburgiſchen adels und deſſen wohlhergebrachtes braurecht, bier und brandewein in ihren diſtricten zu debitiren*, 1706. fol. V. C. IO. DAVID KOEHLER. *de origine et incrementis iurium et priuilegiorum nobilitatis Meclenburgicae* §. 23. n. 16. p. 47.

§. LIII.

Hanc ob cauſam ſumma imperii dicaſteria decreuerunt, in lite *der Hohenzollern-Hechingiſchen unterthanen wider ihre landesherrſchaft* et *der Iſenburgiſchen unterthanen wider Iſenburg*, de libertate vini pro lubitu emendi, quod ſubditi libertate naturali hac in parte omnino gauderent.

§. LIIII.

Similiter vinum in proprio fundo natum, regulariter a quouis libere poteſt vendi, ex mente IO. BALTH. L. B. DE WERNHER in *enunciatis iuris* enunc. CVI. p. 221. IO. HENR.

DE

DE BERGER in ſupplemento II. *ad electa disceptationum forenſium* p. 238. ſqq.

§. LV.

Ad actus merae facultatis quoque ſpectat, ſecundum romanorum principia, molere frumentum extra territorium, teſte PETRO FRIDERO libro II. *de proceſſibus et mandatis* capite XXXVIII. n. 8. p. 218. Adde CASPARVM MANZIVM in *deciſionibus palatinis* quaeſtione XVII. p. 104. ſq. & HERM. ANT. MAR. DE CHLINGENSPERG l. c. capite XX. p. 113. ſq. Quum igitur molitores quidam H. C. litem mouerent molitori cuidam ditionis H. D. de facultate molendi frumenta ciuium oppidi regionis H. C.; iudicatum fuit a ICtis Erfurtenſibus, quod ius molendi extra territorium ſit res merae facultatis; ideoque molitores ditionis C. non poſſint prohibere molitorem e regione D., vt ciuium oppidi S. frumenta moleret. Tenorem ſententiae, anno cIↃ IↃCCXXXIIII. latae, cum lectore communicabo, qui hic eſt: *in ſachen I. H. B. und I. P. B. beyder müller zu S. imploranten an einem, entgegen und wider den R. R. S. zu S. imploraten am anderen theil,*

theil, erkennet - - - vor recht: daß, gestalten sachen nach, die Imploration nicht statt hat, und herr Implorat davon zu absoluiren; Es könten und wolten dann die Imploranten, daß ihre mühlen gegen die inwohner zu S. das zwangrecht, daß sie nirgends anders, als in ihren mühlen mahlen zu lassen befugt, rechts beständig hergebracht, gegentheils gegenbescheinigung, und andere rechtliche nothdurft vorbehältlich, binnen ordnungsfrist, annoch erweißlich beybringen, damit würden sie billig gehöret, cet.

§. LVI.

Verum haec sententia ob appellationem ab actoribus interpositam, vires rei iudicatae non est nacta. Quum igitur coram regimine Marburgensi haec caussa nunc ventilaretur, factum est, vt interueniret procurator fisci contra molitorem D., cuius caussam defensorio nomine agebat is, qui rei partes in sententia, quae legitur §. LV., sustinebat, et simul cuncti e gente, cui iurisdictio patrimonialis in S. competit, interuenerunt pro libertate molendi, contra actores, quos supra nominaui. Interea regimen per rescriptum, quod vocant inhibitorium, iussit, *daß der mül-*

ler ſich des abhölens der mahlfrucht bey verluſt ſeines fuhrwercks zu enthalten, die einwohner zu S. auch nicht weiter auſſer land mahlen, ſondern der dieſſeitigen landes-mühlen ſich bedienen ſollen, den 22ten Mertz 1736.

§. LVII.

Ratio huius reſcripti primaria ſupponebat ius retorſionis, ob quod princeps permittere non poſſit, vt ſui ciues molerent frumenta in illa prouincia, in qua vetitum eſſet extra territorium molere.

§. LVIII.

Diſplicuit hoc reſcriptum interuenientibus; idcirco ab eo prouocarunt ad tribunal adpellationis. Ibi, transmiſſis actis, a iureconſultis Rinthelenſibus ita fuit pronunciatum: *daß es bey dem verbot vom 22ten Mertz 1736. ſo lange das H. D. verbott dauret, billig verbleibet. Es könten und wolten dann appellanten binnen 4. wochen ſub poena praecluſi beſcheinigen, daß die müller zu S. zum öfteren im jahr fluht halten müſten, und nicht mahlen könten, ſie adpellanten auch nebſt den übrigen einwohnern zu S. keine andere bequeme gelegenheit, als auf der S. oder anderen D. mühlen*

zu mahlen hætten, damit würden sie, des appellaten gegenbescheinigung und andere rechtliche nothdurft vorbehæltlich, billig gehöret, cet. publ. die 12. Iul. 1738.

§. LVIIII.

Sicut ergo libertatem molendi frumenta sua, vbi libuerit, defendit MEVIVS parte I. decisione LX; ita quemuis molendinum in fundo suo, etiam iuxta flumen publicum exstruere posse, docent multi iureconsulti, inter quos nominare sufficit IO. PHILIPP. RICHTERVM decisione VI. n. 3., NIC. CHRISTOPH. DE LYNCKER vol. I. responso 65. n. 35. et in *resolutione* IↃCXIII., DAVID. MEVIVM parte VIIII. decisione 72., IO. BALTH. L. B. DE WERNHER parte II. *obseruatione forensi* CCCLXXXII., CASP. HENR. HORNIVM classe V. responso II. et in appendice II. ad *iurisprudentiam feudalem* responso XXII.

§. LX.

Quocirca erectio molae inter res merae facultatis numeratur. Idem de molis pneumaticis seu alatis sentiunt non infimi subsellii doctores. Vide PETR. FRIDERVM *de pro-*

 cessibus

cessibus et mandatis libro II. capite XXXVIII. n. 7. p. 217., GEORGIVM BEYERVM in *specimine iuris germanici* libro II. capite VII. §. 4. et eundem L. B. DE WERNHER in *supplementis* ad dictam obseruationem.

§. LXI.

Ius furni itidem rebus merae facultatis adscribitur. Et licet ad commercii vsum fuerit concessum; nullum tamen ius vel prohibendi vel cogendi per se id inuoluere contendit dn. BALTH. L. B. DE WERNHER *enunciato iuris* CCXXXXV. p. 432. Quare in fundo suo quilibet furnum exstruere potest, ex mente multorum iurisperitorum, quos laudat NIC. CHRISTOPH. L. B. DE LYNCKER vol. I. responso XXXII. n. 7. et 27. Nec haec libertas ideo restringitur iure ciuili, quod quis per tempus immemoriale in alterius furno panem coxerit. Tempus enim per se nullam inducit obligationem, vel quasi possessionem, L. 88. §. 5. D. *de legat.* 2. L. 2. §. 1. L. 15. *de precario* L. 2. D. *de via publica*; quamuis actus continui, nunquam interrupti et vno tractu peracti probari queant. Quod eo extendunt, vt licet aliquis furnum feudi iure possideat; iure

tamen

tamen prohibendi destituatur, prout existimat HENRICVS ROSENTHAL in *synopsi iuris feudalis* capite v. conclus. xxv. n. 3.

§. LXII.

Formam fundi sui mutare, rebus merae facultatis accensent. Quocirca quum rusticus quidam W. *ein anspænner*, in villa sua rustica duas possideret domos, ac vnam conuerteret in stabulum; hoc reliqui rustici pagi W. fieri posse negabant. Interueniebat quoque nobilis, cui iurisdictio in pagum competebat, atque parochus, et quidem ille, ne quid in operis, *den handfronen*, detrimenti pateretur; hic vero, ne ipsi imminueretur census, *das opfer-geld*. Nobilis enim aiebat, quot domos quis haberet, tot operarios, *handfröhner*, ipsi submittere deberet. Contra parochi ius prohibendi in eo nitebatur, quod quaeuis domus ipsi ad censum, *den opfer-groschen*, exsoluendum, esset obligata. Verum quamdiu hi non demonstrauerunt, quod eiusmodi praestationes sint onera realia, tamdiu ius prohibendi omnino cessabit. Sic ex agro pratum fieri potest, ex silua ager, e prato hortus. Secus

 tamen

tamen est, si alter ius aliquod habeat, quod per eiusmodi mutationem imminuitur. Quare in praeiudicium decimarum, in fructibus consistentium, ager non potest mutari in pratum. Si quis iure pascendi in silua gauderet, tunc quidem excisio lignorum, sed immutatio in agrum permissa non esset. Vide L. 13. §. 1. D. *de seruitut. praed. rusticor.* L. 9. pr. D. *si seruitus vindicetur.* BENEDICTVM CARPZOV. parte II. *const.* XXXXI. definitione I. AVGVST. A LEYSER l. d. med. XXXVIII. p. 261. Compara quoque IO. GE. KOB *de pascuis ad culturam non redigendis* cap. II.

§. LXIII.

Sacerdotem, ludimagistrum et custodem templi inuitare ad nuptiarum conuiuia, vel ad baptismales epulas, pro re merae facultatis habendum erit, per ea, quae docuit CHRISTOPH. BESOLDVS parte III. *consilio Tubingensi* CXVIII. p. 125. sqq. Adde IO. BALTH. L. B. DE WERNHER *principia iuris ecclesiastici protestantium* capite V. §. 82. p. 67. Dissentire heic videas BENED. CARPZOVIVM in *iurisprudentia consistoriali* libro I. definitione 120., quem confu-

confutare ſtuduit AVGVST. A LEYSER l. d. medit. XXXVIIII.

§. LXIIII.

Quaslibet merces vendere, res merae eſt facultatis. Quare ſi quis per tempus longisſimum, immo immemoriale, hanc illamue mercium ſpeciem ſolus vendiderit; inde tamen nullum prohibendi ius ſibi adquiſiuit, ne alii easdem vendere poſſint merces, L. 45. D. *de vſurpationibus*. Quid vero, ſi collegium opificum tale commercium ſolum huc vsque exercuerit? Et notum eſt, quod talia collegia iure aliarum perſonarum cenſeantur vti, teſtante AVG. A LEYSER l. d. medit. XXVII. Idcirco firmum eſt, quod a quodam mercaturae genere nemo poſſit excludi, niſi alter gaudeat iure prohibendi, ceu probat DAVID MEVIVS parte V. deciſione CLXVIII. et inprimis deciſione CCLVIIII.

Vbi vero alicui ſaltem conceſſa libertas vendendi aromata, *gewürtz*, vtrum hic ſaccharum quoque, amygdala atque vuas paſſas tam maiores, quam corinthias, item oryzam vendere queat? et reſpondit IO. BALTH. L. B. DE WERNHER *enunciato iuris* CXXXIII. p. 249. quod oryza non pertineat ad aromata. Ita narrationes de rebus, quae in terris geruntur, *die zeitungen*, poſtarum magiſtri rem merae facultatis eſſe negant. Vide DAVID. MEVIVM parte I. deciſione CLXXIIII. n. 1. Libros vendere ac imprimere rem merae facultatis eſſe, itidem negant bibliopolae. Pharmacopolae quoque

eum

cum mercatoribus faepe litigant: an illis liceat vendere aromata? Dein pharmacopolae venditionem medicamentorum denegant chirurgis.

§. LXV.

Aſt quis enumerabit cunctas rerum merae facultatis ſpecies! Lubet tamen vnam vel alteram adhuc recenſere. Ita diuertere ad alicuius hoſpitium, intuitu eius, qui hoſpitem recipit ac huic victum praebet, res merae facultatis eſſe, videtur. Aſt inter germanos ſecus fuit. Vide CASP. MANZIVM loc. cit. quaeſtione XXVIII. n. 20. p. 175. Diſſentire heic videtur CHRISTOPH. BESOLD parte III. conſilio CXVIII. p. 125. ſqq. Pariter ruſtici et molitores, nec non carnifices, qui canibus venaticis principis vel nobilis cibum huc vsque praebuerunt; recte coguntur, ſi hoc nunc detrectent. Confer interea HERM. ANT. MAR. DE CHLINGENSPERG l. c. capite XXVIIII. n. 14. p. 162. Sic ius piſcandi, quo aliquis in flumine gaudet, pro re merae facultatis ex parte aliorum venditant, quia iſte iure prohibendi non gauderet, teſte PETRO FRIDERO *de proceſſibus et mandatis* libro II. capite XXXVII. n. 9. p. 211. Siquidem ad poſſeſſionem vel quaſi, iuris prohibendi actus poſſes-

poſſeſſorii ſimplices non ſufficiunt, ſed prohibitiui requiruntur a IO. BALTH. L. B. DE WERNHER parte I. obſeru. LXXXVII. Quapropter is, qui iure piſcandi gaudet, alios prohibere non poterit ex mente eiusdem in *ſupplementis* ad dictam obſeruationem. Idem de iure braxandi, quod nec hoc ius prohibendi tribuat, ſtatuit L. B. DE WERNHER parte II. obſeru. CCCLVIIII. Simile iudicium de caupona tulit. Pariter ille, qui ius erigendae cauponae ab vniuerſitate emit, prohibere nequit, ne membra vniuerſitatis cereuiſiam in maiore menſura, *fäsgen*, *viertel oder tonnen weiſe*, vendant, teſte eodem parte VI. obſeru. CCCXIII. Par ratio eſt iuris paſcendi et iuris lignandi, quod et heic exulet ius prohibendi, vt docuit L. B. DE WERNHER in *ſupplementis* ad part. I. obſeru. LXXXVII. Verum enim vero haec theſis extra omne dubium nondum eſt poſita; praeſertim quum L. 7. D. *de diuerſis temporal. praeſcript.* ius prohibendi expreſſis verbis largitur ei, qui in fluminis publici diuerticulo pluribus annis ſolus eſt piſcatus. Cui obſtat L. 45. D. *de vſurpat. et vſucapion.*

Sibimet ipsi hic contrarii videntur PAPINIANVS et MARCIANVS, quippe qui alias, data opera, contradicere solitus est PAPINIANO, prout obseruauit EVERARDVS OTTO in *Papiniano* capite XIII. §. 9. p. 298. Nam lex 45. desumta est e libris responsorum PAPINIANI, et L. 7. e libris institutionum MARCIANI. Quod ita conciliandum putauit GERARDVS NOODT in *commentario ad D.* libro I. titulo VIII. p. 29. vt L. 7. agere credat de eo, qui solus pluribus annis piscatus sit in diuerticulo fluminis publici. Hic vero possit, quamdiu piscatur, alium prohibere, ne ibi piscetur. Quia is locus, quamdiu possidetur, tamdiu sit possidentis, iure occupationis. Sed quam primum desierit ibi piscari; iam alium prohibere non possit. Vt ergo MARCIANO sermo fuerit de exceptione possidentis; PAPINIANO autem in lege 45. de praescriptione longi temporis in locis iure gentium publicis, id est, de obtinenda in his per eam proprietate, omissa possessione. Alii MARCIANVM loqui existimant de eo, qui sibi soli occupandi animo piscatus fuit, vt sibi praeoccupet; PAPINIANO contra in L. 45. sermonem esse de vsu publico eundi et vehendi. Vide PETRVM FRIDERVM *de processibus et mandatis* libro II. capite XXXVII. n. 9. p. 213. PAVLVS BVSIVS in *commentario in pandectas* ad hanc legem 45. p. 370. autumat, quod PAPINIANVS heic de eo agat, qui consueuerat primo piscari, sed postea vsum huius rei deseruerat, id quod palam esset ex adiuncto exemplo de aedificio diruto.

Alias aliorum, easque varias, de his legibus opiniones, earumque conciliationes recensuerunt GVILIELM. SCHMVCCIVS in *notis ad vsum indicis* IACOBI LABITTI, parte posteriore *iurisprudentiae restitutae* ABRAHAMI WIELING p. 52. nec non EVERARD. OTTO in *praefatione* ad tomum V. *thesauri iuris* p. 15. vbi existimat, nullam pugnam inter vtramque legem esse, si dicamus, ad diuerticulum fluminis, id est, lacum, qui in nostrum agrum intrat, obtinendum, praescriptionem longae possessionis concedi non solere. Si quis vero in diuerticulo solus pluribus annis piscatus esset, et alios, ibi piscari volentes, prohibuerit, hique acquieuerint, in posterum eodem iure vti, recte prohibeantur. Et ne ἀσύμβολοι abeamus, nos ope eorum, quae circa finem §. XIIII. diximus, omnium optime hanc antinomiam e medio tolli posse, censemus. Hoc saltem obseruato, quod PAPINIANO sit sermo de vsucapione loci publici, quae teste SENECA *epistola* LXXX. haud procedit. MARCIANVS contra loquitur de ipso piscandi iure, id quod e collatio-

latione L. 2. 4. et 6. D. *de rerum diuisione* atque L. 7. *de diuerſ. tempor. praeſc.* liquet. Confer AVRELIVM GALVANVM *de vſufructu* differtat. XI. §. VIIII. p. 97.

§. LXVI.

Ex his, quae dixi, theoria et praxis illarum, prout in libris iuriſperitorum iacet, ſatis pellucet, vt ſuperuacaneum ſit his diutius immorari. Propterea ad illa, quae quoad ius germanicum, publicum ac feudale, circa res merae facultatis, iuris ſunt, nunc progredior. Saltem adhuc monebo, quod nunc facile reſolui poſſint tres illae quaeſtiones, quas de rebus merae facultatis formauit HENRICVS HAHN in *obſeruatis ad* WESENBECIVM libro XXXXI. tit. III. p. 289. n. 10.

I. Si quis ius aliquod cum aliis, ex mera facultate, exercere poteſt, an propter alterius prohibitionem, eo priuari poſſit? (§. XXXXI.)

II. An quis per actus poſſeſſorios et prohibitorios locum, in quo actus merae facultatis exerceri ſolent, acquirere poſſit? (§. XXXV. LXV.)

III. Vtrum quis lapſu temporis acquirere illud ius debeat, quod ipſi antea ex mera facultate competebat? (§. XXXVIII.)

CAPVT. III.

DE THEORIA ET PRAXI RERVM MERAE FACVLTATIS DE IVRE GERMANICO IN PRIMIS FEVDALI.

EPITOME CAPITIS III.

§. LXVII. LXVIII. LXVIIII. LXX. *Alia ratio in multis erat status romani; alia status germanici. Quod ICti germani considerare et obseruare debent, nisi grauiter impingere velint. Quae de liberis hominibus leges romanae statuunt, cum cautione ad rusticos germaniae, sunt applicanda. Ergo caueas, ne cuncta temere pro rebus merae facultatis habeas, quae ex doctrina iuris ciuilis tales sunt.*

§. LXXI. LXXII. *Docetur, cur ius romanum heic temere applicari nequeat, adeoque in eo adhibendo opus sit cautione.*

§. LXXIII. *Alia adfertur caussa, quare ius romanum hic indistincte locum inuenire nequeat? quia multa, iure germanico, ad regalia referuntur, quae, iure ciuili, talia non sunt.*

§. LXXIIII. *Id quod probatur.*

§. LXXV. *Ius furni ad regalia spectat, item molae: venditio cereuisiae: cauponae.*

§. LXXVI. LXXVII. LXXVIII. *Ergo vasalli, qui eiusmodi iuribus fuerunt inuestiti, vel consuetudine ea acquisiuerunt, ius habent prohibendi. Quod demonstratur.*

§. LXXVIIII. LXXX. LXXXI. *Dubia nonnullorum referuntur ac refelluntur. An imperantibus competat ius, molendina, quae vocant, bannaria, introducere?*

§. LXXXII. *Deciditur quaestio de iis, quae inuestiturae titulo alicui concessa, quod pro rebus merae facultatis haberi nequeant, adeoque ius adsit prohibendi.*

§. LXXXIII. *An dominis iurisdictionis, qui inuestitura vel consuetudine ius protimeseos in annona, aliisque vendendis acquisiuerunt, id relinquendum?*

§. LXXXIIII. LXXXV. LXXXVI. *Cauponaria lucra non sunt res merae facultatis. Id quod demonstratur. Quapropter iuri prohibendi heic locus datur.*

§. LXXXVII.

§. LXXXVII. *Dubium remouetur.*

§. LXXXVIII. *Ius tabernam exercendi non est res merae facultatis; item ius pascendi oues.*

§. LXXXVIIII. *Ius venandi et piscandi non est res merae facultatis, sed ius regale.*

§. XC. *Praestatio homagii, ante nunquam praestiti, num sit res merae facultatis?*

§. XCI. *An immunitati a collectis queat praescribi?*

§. XCII. XCIII. *Lis de gallinis et anseribus praestandis, vel pretio redimendis. An sit res merae facultatis? Item num decimis, exigendis in natura, praescribi possit? de variis litibus hac de re.*

§. XCIIII. *Operarum exactio est res merae facultatis. Vtrum pretio huc vsque redemtae, postea in natura exigi possint?*

§. XCV. *An intuitu caesaris res sit merae facultatis, pignora imperii luere?*

§. XCVI. *Vtrum sit res merae facultatis eorum, qui legatis ratisbonensibus sunt ab epistolis, mandata sua exhibere marescallo imperii?*

§. XCVII. XCVIII. XCVIIII. C. *Decisio quaestionum, quas proposui. Illustrantur dicta ope* LEIBNITII. *Vsus et auctoritas maxima consuetudinis et obseruantiae in Germania, quippe quae vbique vtramque faciunt paginam.*

§. LXVII.

CONSTAT inter omnes, et quotidiana testatur experientia, quod summi imperantes suorum ciuium actiones variis modis restringant, atque illa, quae alias naturalis libertatis sunt, legibus circumscribant ac limitent. Multifariam hoc factum est tam in re publica romana, quam in regno germanico. Notum pariter est, quam, tum in hoc, tum in illa, diuersa fuerit conditio personarum et diuersus status. Vtrumque regnum,

et romanum et germanicum ſuos habuit ſeruos et homines liberos. De hoc nemo dubitat, niſi in rebus romanis et antiquitatibus patriis plane ſit hoſpes. Demonſtrarunt interea hoc, quantum ſatis eſt, dn. IVST. HENNING BOEHMER in diſſertatione *de ſtatu hominum propriorum a ſeruis germaniae, non romanis, deriuando*, et IOACH. POTGIESSER in commentariis *de ſtatu ſeruorum in germania*, nec non PRAESES parte v. *der kleinen ſchrifften* p. 116. ſqq. dn. FRID. CARL. BVRI p. 704. ſqq. *der erlæuterung des lehenrechts*. Quamuis autem in compluribus germaniae prouinciis ſeruitus in tantum ceſſaſſe, et ruſticorum conditio libera videatur; falſiſſimum tamen hoc eſſe docuerunt dn. IVST. HENNING BOEHMER *de imperfecta ruſticorum in germania libertate*; nec non dn. IO. PETR. DE LVDEWIG in hiſtoria academiae Hallenſis, quae praemiſſa eſt tom. I. *conſiliorum Hallenſium* §. 80.

§. LXVIII.

Igitur ruſtici germaniae certo modo, non vere, liberi ſunt. Et ſi quis perfectam libertatem eis attribuere vellet; ante omnia tamen

tamen conſiderare deberet, quod manumiſſio ſeruorum germanicorum facta ſit ſaluis iuribus et praeſtationibus, dominis competentibus.

§. LXVIIII.

Quapropter grauiter illi errant, qui iſtas leges romanas, quae de hominibus liberis agunt, ad ruſticos germanicos incongrue adplicant. Si quis iura romana, quae de ingenuis agunt, ad ſeruos romanorum temere adplicaret; ille certo deridendum ſe praeberet. Cur ergo in multis tam inficete adplicantur iura romana, de ingenuis conſtituta, ad ruſticos germaniae?

§. LXX.

Quemadmodum vero libera facultas ſeruorum germanorum valde fuit limitata; ita mirum non eſt, quod multa, quae iure ciuili pro rebus merae facultatis habentur, intuitu ruſticorum in germania, pro talibus haberi nequeant.

§. LXXI.

Patet ex his, quae dixi, abuſus iuris ciuilis, in argumento de rebus merae facultatis,

tis, ſatis abunde in foro germanico. Sic ius emendi cereuiſiam haud dubie, ſi iure romano de ingenuis ſermo eſt, res eſt merae facultatis. Aſt, ſi ex aliquo quaererem: an ſeruorum romanorum intuitu tale fuerit res meri arbitrii, tunc ſtatim negabit quaeſtionem. Et vbi, hoc exemplum ad rhombum nil facere, vel concederem; hoc tamen in locatione operarum, *dem mieth-zwang*, in iure molendi, in iure protimeſeos, nobilibus competente, intuitu rerum a ruſticis vendendarum, non quadrare, haud facile dices.

§. LXXII.

Sufficit ergo iam monuiſſe, maxima opus eſſe cautione in adplicanda doctrina de rebus merae facultatis, in cauſſis ruſticorum contra dominos, (*die gerichts-herren*) et principes vel ordines imperii.

§. LXXIII.

Praeter ſeruitutem, quae olim in germania viguit, obtinetque adhuc in tantum, pro graduum diuerſitate et varietate prouinciarum, alia adhuc ſe offert cauſſa, quare dogmata romana de rebus merae facultatis cum

grano

grano ſalis ſint adhibenda. Etenim manifeſtum eſt, quod germanorum reges, et poſtea horum exemplo principes et ordines imperii res, e quibus vtilitas aliqua in ipſos redundare potuit, ſibi vindicauerint, atque has, nomine a longobardis petito, regalium nomine ſibi attribuerint. Conſentit IO. NICOL. HERT de *ſuperioritate territoriali* §. 44. Adde IO. ADAM. ICKSTATT de *poſſeſſione regalium in ſpecie regalis venandi ſubditum aduerſus principem nihil releuante* §. 104. Hinc in liquido eſt, cur in Bauaria absque principis conſenſu non poſſint erigi opificia, quae vocant *ehehaften*, quo ſpectant cauponae, fabricae ferrariae, *ſchmieden*, balneae et molendina teſte HERM. ANT. MAR. DE CHLINGENSPERG l. c. capite XVIIII. n. 12.

§. LXXIIII.

Ex innumeris diplomatibus, chartis atque inſtrumentis, quaedam, ſpicilegii ſaltem gratia, indicabo, et eo lectorem ablegabo, nimirum ad *traditiones Fuldenſes*, quas IO. FRID. SCHANNAT edidit, et *donationes pias*, quas AVBERTVS MIRAEVS collegit, et exempla innumera, quae IO. FRID. PFEFFINGER lib. III.

titulo XVIII. *Vitriarii illustrati* p. 1366. sqq. volum. III. atque libro I. titulo XV. p. 1130. sqq. volum. I. congessit. Ne dicam de egregio diplomate, quod hac de re legitur in PRAESIDIS *obseruationibus feudalibus* p. 50. Sufficiunt heic ea diplomata, quae leguntur tomo I. *annalium Paderbornensium* NICOLAI SCHATEN p. 345. 346. 311. 296. 435. 441. 451. 452. 453. 454. 468. 471. 477. 479. 481. apud AVG. CALMET *preuves de l' histoire de Lorraine* tomo I. p. 264. LVCAM D'ACHERY, *spicilegii* tomo II. p. 270. et alios.

§. LXXV.

De iure furni, quod inter vtilitates eiusmodi, vel regalia fuerit relatum, testimonium perhibent charta apud PRAESIDEM p. 50. *obseruationum feudalium*, HADRIANVS VALESIVS in *notitia galliarum* p. 17. praefationis, et FRID. CAR. BVRI p. 608. n. 7. *der erlæuterung des lehenrechts*, nec non quae habet CAROLVS DV FRESNE in *glossario* sub voce *furnaticum*. De molis testatur charta apud NICOL. SCHATEN l. c. p. 488. et alia apud IO. NICOL. HERT l. c. §. XXXXVII. vbi ventus molarum datus legitur anno cIↄcccxcIIII. ac

FRID.

FRID. CAR. BVRI l. c. p. 614. n. 55. De vini et cereuisiae emtione, regalibus adscripta, loquuntur instrumenta apud CHRISTOPH. LEHMANN. libro IIII. cap. XXII. et libro V. cap. CXXI. *der Speyerischen chronick.* De iure vendendi cereuisiam, cum necessitate emendi, agunt IO. SCHILTER in *praxi iuris romani* exercitatione XVIII. §. 4. et IO. NIC. HERT l. c. §. 54. Cauponas sibi attribuisse principes et vasallos, patet e NICOLAI HIERON. GVNDLINGII *digestis* libro IIII. tit. X. §. 5. p. 422. adde FRID. CAR. BVRI l. c. p. 615. n. 63. ideo insignia, diuersoriis praefixa. Vide ANTON. DADIN. ALTESERRAM *de ducibus et comitibus Galliae prouincialibus* libro III. capite XIII.

§. LXXVI.

Quum itaque vtilitates eiusmodi sibi caesares, regionum domini, horumque vasalli olim adscripserint; profecto ii, qui vel per litteras inuestiturae talia commoda feudi iure habent, vel vi consuetudinis huc vsque exercuerunt, optimo maximo iure prohibent illos, quin intuitu horum iurium ad libertatem prouocant.

§. LXXVII.

Etenim, quod per litteras inueſtiturae alicui conceſſum eſt, illud inſtar regalis, et, vt loquuntur, priuatiue datum eſt. Siquidem alias fruſtranea eiusmodi conceſſio foret. Quis quaeſo arbitrabitur, quod alicui quidquam ſalarii concedatur, ſi eo cum effectu vti non poſſet? Sane nemo id facile ſtatuet. Nec ad inſtituta germanorum veterum quadrat L. 20. D. *de reg. iur.* Idcirco dici nequit, quod caeſares, et regionum domini eiusmodi vtilitates dederint in ruſticorum ſuorum detrimentum et iniuriam. Ideo L. 4. C. *de emancipat.* et L. 27. §. 4. D. *de pactis* in interpretandis litteris, inueſtiturae nulla habetur ratio. Potius iureconſultus ſibi heic ob oculos ponat cap. 5. X. *de reſcriptis* et cap. 28. §. 3. X. *de officio ac poteſtate legati.*

§. LXXVIII.

Quare cum moribus germanorum aperte pugnaret is, qui ius cogendi et prohibendi, tanquam actibus merae facultatis contrarium, cenſeret odioſum, adeoque reſtringendum. Nam tanta eſt morum et conſuetudinum, tam in iure communi, quam in legi-

legibus imperii, vis et poteſtas, vt, legum inſtar, ſint maxima cura cuſtodiendi, et ſemper in decidendo eorum habenda ratio. Vide GE. MELCH. DE LVDOLF *obſeruationem forenſem* XXXIII. p. 94. n. 5. Quis quaeſo ſtatuet, illa, quae legibus imperii conſtituta leguntur, eſſe odioſa, adeoque reſtringenda? Certe nemo hoc facile dixerit. Iam vero in illis nihil tantopere commendatum, et toties repetitum inuenitur, quam cuſtodia morum et conſuetudinum germanicarum.

§. LXXVIIII.

Equidem me non fugit, quod IO. PHIL. KNIPSCHILD *de ciuitatibus imperii* libro I. capite XXII. §. 64. IO. NICOL. HERT l. c. §. 54. et ſi qui alii ſunt, contendant, quod noua eiusmodi generis iura, quae libertatem naturalem aut reſtringunt, aut plane infringunt, ſine populi conſenſu, niſi fas et aequum laedere velit, ſummus imperans hodie introducere nequeat. Eadem doctrina eſt DAVIDIS MEVII parte I. deciſione LX. Idem multis rationibus firmare anxie ſtuduit GOSWIN. AB ESBACH in *notis et additionibus ad* CARPZOVIVM parte II. conſt. IIII. def. XI. p. 154.-157.

§. LXXX.

Nec quenquam latet, alios ſecus ſentire, atque regionum dominis hac in parte, ius prohibendi attribuere. Etenim CASP. ZIEGLER *de iuribus maieſtatis* libro I. cap. V. §. 48. „quidquid, ait, natura nec iuſſit, nec prohibuit, ſed indeterminatum reliquit, id a magiſtratu pro lubitu praecipi, aut prohiberi poteſt.„ Haec ille.

§. LXXXI.

Nec dubium eſt, quin ſicut imperantibus ſummis, ita et regionum dominis, niſi quid pacti obſtet, ius competat, ciuium ſuorum agendi facultatem reſtringendi. Hinc de molis SAMVEL. STRYK de iure aemulationis, capite III. n. 17. „ſubditi, inquit, ex „aemulatione et petulantia praeteritis molе„trinis domeſticis, aliena adire non poſſunt, „KOEPPEN deciſione XVIIII. n. 10., RVTGER „RVLANT *de commiſſariis* parte IIII. libro II. „capite XIII. n. 13. Malitiis enim ac inobe„dientiae ſubditorum, nullum probabile in„tereſſe habentium, minime eſt indulgen„dum, ne proteruia haec tandem in contem„tum et ſeditionem rumpat.„ Immo patet e conſti-

constitutione Mauritii, Hassiae landgrauii, anno cIↃIↃCXV. promulgata, et e sanctionibus Hanoicis et Isenburgicis, quod hi regionum domini, molendina bannaria vbique introduxerint. Vt nunc sileam alia argumenta, quibus ius prohibendi, effectum superioritatis territorialis esse, contendit dn. IO. WILH. WALDSCHMIDT *de molendinis bannariis* §. 7.

§. LXXXII.

At vero, missis his, iam mihi est quaestio de iis, quae vel beneficio inuestiturae, vel longa consuetudine et exercitio, a maioribus tradito, aliquis habet: an talia, inquam, pro rebus merae facultatis, censenda sint? Quod ego negauerim, per ea, quae §. LXXVII. dixi, partim, quia tales vtilitates pro regalium specie habitae, partim, quod ea, quae consuetudine sunt introducta, cuiuis relinquenda sunt. Ius locandi operas suas, iure romano, ad res merae facultatis haud dubie referes, vti leges hoc expresse sanciunt, quas adduxit IO. PHILIPPI in *vsu practico Instit.* libro I. tit. III. §. II. ecloga XXXI. p. 108. et tamen hic ipse, pro libertate rusticorum mire alias laborans,

borans, ſtatuit, quod domino praerogatiua competat, hoc eſt, quod, dum ruſtici et eorum liberi, operas ſuas certa mercede locare cupiunt, potior ſit dominus eorum.

§. LXXXIII.

Dein, licet in theſi, ruſtici hodie cogi nequeant, vt annonam, quam ſunt vendituri, prius domino nobili, aut principi offerant, vt exiſtimat GEORG. ADAM. STRVV *de annona* p. 76. recte tamen AVG. A LEYSER ſpecimine CXCVI. corollario II. p. 497. id hinc inde receptum eſſe ait, adeoque obſeruandum. Nec tali iure priuandi erunt, qui vſu id vel inueſtitura, acquiſiuerunt in vendenda ſubditorum pecude, cibariis et ſimilibus. Vide CASPARVM L. B. SCHMID in *commentario ad ius municipale Bauaricum* tit. XXV. art. VIIII. circa finem, CASP. MANZIVM l. c. quaeſtione XII. p. 87. ſq. HERM. ANT. MAR. DE CHLINGENSPERG l. c. capite XXI. p. 113. ſq.

§. LXXXIIII.

Ius coquendi et vendendi cereuiſiam, ſi rem ſecundum principia iuris romani conſideres, eſt res merae facultatis. (§. XXXX.). Licet

Licet vero in germania et in ſaxonia praeſertim, cauponaria lucra in ciuitates transferret Henricus auceps, teſte NICOL. HIERON. GVNDLINGIO in *hiſtoria Henrici aucupis* p. 120. et hoc exemplum alii principes interdum poſt longum temporis interuallum eſſent ſequuti, vt liquet e PRAESIDIS *originibus iuris publici Haſſiaci* capite VI. §. 65. p. 107. GEORG. MELCHIOR. DE LVDOLF *obſeruatione forenſi* CXXXV. p. 129.; interdum tamen ea nobilibus etiam conceſſa leguntur, vel abſolute, vel certis limitibus circumſcripta, prout e CHRIST. FRANC. PAVLLINI *annalibus Iſenacenſibus* p. 119. patet. In Bauaria ius coquendi cereuiſiam albam, *weiß bier*, ad ſolum pertinet principem, nec nobilibus ius coquendi cereuiſiam, niſi ad vſum domeſticum, permittitur, teſte HERM. ANT. MAR. DE CHLINGENSPERG l. c. capite XXXX. p. 228.

§. LXXXV.

Quodſi ergo nobili competit ius coquendi, et vendendi cereuiſiam, *die ſchenck-gerechtigkeit*; an id priuatiue, et ſic quidem intelligi debeat, vt tali nobili ius prohibendi tribuendum ſit? Et ſane complures iureconſul-

tos videas negare quaeſtionem, atque ſtatuere, quod eiusmodi nobilis alios prohibere nequeat, vt a vendenda cereuiſia abſtineant. Vide LÜDERVM MENCKENIVM in *theoria et praxi pandectarum* libro IIII. tit. VIIII. §. 5. et IO. HENR. DE BERGER in *electis processus possessorii* §. 14. et in *ſupplementis* ad dictum §. Recte tamen GEORGIVS BEYER in *ſpecimine iuris germanici* libro I. capite XVI. §. 21. ſqq. et GEORG. ADAM. STRVV in diſſertatione *de eo, quod iuſtum eſt, circa res merae facultatis* capite VI. §. 18. p. 65. nobilibus adſcribunt ius prohibendi. Dum tale ius nobilis exercet ac posſidet inſtar regalis, quod, quia eſt regale, ab iis, quibus non eſt conceſſum, non poteſt exerceri, adeoque pro re merae facultatis haberi nequit.

§. LXXXVI.

Vtrum vero dominus, qui alicui cauponaria lucra iure feudi largitus eſt, alii eiusdem loci priuilegium coquendi et vendendi cereuiſiam, per priuilegium concedere poſſit? Id haud dubie affirmabunt illi, qui ex praeſcripto iuris communis hanc quaeſtionem reſoluunt. Nam ille, qui per priuilegium aliquod

quod ius obtinuit, non poteſt prohibere, ne princeps alteri quoque indulgeat eiusdem iuris exercitium. Ideo dn. AVGVST. A LEYSER ſpec. x. medit. ad π. IIII. p. 160. princeps, ait, qui priuilegium indulſit, poteſt tamen alii ſimile priuilegium concedere, licet prior priuilegiatus inde aliquod ſentiat detrimentum. Idem ſentit IO. HENR. DE BERGER in additamentis ad librum I. tit. II. §. 2. p. 1212. *oeconomiae iuris.* Pariter ad quaeſtionem: an nobilis ruſticos queat cogere, vt in caupona ſua, ſponſalitias epulas, et conuiuia nuptialia, celebrent? negando reſpondit CASPAR. MANZIVS l. c. quaeſtione XVI. p. 102. ſq. auctoritate CARPZOVII nixus. Quid de territorii domino hac de re ſtatuendum docet ſententia iureconſultorum Marburgenſium cum ſuis rationibus. Habes eas, lector, in adpendice huius opuſculi.

§. LXXXVII.

Ego vero exiſtimauerim, quod illi, cui aliquid per inueſtituram fuit datum, ad normam priuilegiati nequeat diiudicari. Experientia enim edocti ſcimus, quod ille, cui feudi loco tale ius fuit attributum, illud ſemper

olim cum exclusione aliorum, vel priuatiue, vt loquuntur, exercuerit. Quandoquidem vasallus heic considerandus erit instar fructuarii, qui proprietatis dominum, ab omni emolumento, quod ex vsufructu redundat, excludit, L. 7. L. 9. D. *de vsufruct.* Consentientem hac in re habeo IO. NICOL. HERT *de superioritate territoriali* §. 49. p. 304. et alios, quos laudauit CASP. MANZIVS l. c. quaestione XVII. n. 5. p. 106.

§. LXXXVIII.

Similis est quoque ratio eorum, qui iure, tabernam, vel diuersorium exercendi, sunt inuestiti. Nam, et hi iure prohibendi gaudent, vt exstructio diuersorii, hoc casu, res merae facultatis plane non amplius sit. Vide NICOL. HIERON. GVNDLINGIVM libro IIII. *digestorum* tit. VIIII. §. 5. p. 422. et GE. ADAM. STRVV l. c. cap. VI. §. 14. p. 60. Eadem ratio est, si quis titulo feudi, gaudeat iure pascendi et alendi oues, *schaaf-trift.* Quum igitur Christian. Anton. Ludou. de K. sibi ius alendi oues ita competere affirmaret, vt gregem pascere posset; negarunt hoc Wilh. Gottlob et Christian. Otto de Z., quia inuestiti

essent

essent, *mit der schaaf-trift*, nec licere K., quamuis praedio libero gauderet, oues pro lubitu alere. Secundum illos iudicatum fuisse, retulit mihi dn. PRAESES. Confer eius *kleiner schriften* partem XI. p. 495.

§. LXXXVIIII.

Ius venandi atque piscandi, rem merae facultatis non esse, arbitror. Nam eorum argumenta, qui id ad regalia haud pertinere contendunt, inter quos est CHRISTOPH. LAVR. BILDERBECK in *der gründlichen deduction gegen die vermeyntliche regalitæt der jagden* p. 1459. et SIMON. FRID. HAHN *von dem jagd- und forst-recht* p. 1524. apud dn. WILHELM. FRIDER. DE PISTORIVS parte VI. *amoenitatum historico-iuridicarum*, tam fortia non sunt, vt refutari nequeant. Confer dn. FRIDER. VLRIC. STISSER capite V. et VI. *der forst- und jagd-historie der teutschen*, dn. IO. ADAM. ICKSTATT *de possessione regalium et in specie regalis venandi iuris aduersus principem nihil releuante* §. 148. sqq. p. 137. sqq. IO. IACOB. REINHARD *de iure forestali germanorum* p. 51. 98. sqq.

§. XC.

Quod ad iusiurandum fidelitatis, vel subiectio-

iectionis attinet, quaeſtio mota fuit: an nobilium, item ordinis teutonici praefecti, *beamten*, horumque parochi, domino regionis nouo, fidem ſuam ſacramenti religione obſtringere debeant? Negarunt hoc ordo praeſertim teutonicus et multi nobiles, quia id nunquam regionum domini deſideraſſent. Sed procurator fiſci affirmauit, fuiſſe hoc, ex parte regionis domini, rem merae facultatis, cui praeſcribi non poſſit, praeſertim, quum nobiles nunquam antea contradixiſſent, et dominus in eo acquieuerit. Ad quae reſpondebant nobiles et ordo teutonicus, cuncta ad normam conſuetudinis et obſeruantiae, in germania, eſſe diiudicanda. Sed quid obſtat, quo minus dominus fidem eorum, qui ei ſunt ſubditi iureiurando ſibi obſtringat?

§. XCI.

Idem dicendum de immunitate a collectis. Has imperare poteſt princeps, ceteris paribus. Ergo eius intuitu collectae ſunt certo modo res merae facultatis. Hinc quaeſtio ſuboritur: num quis, qui huc vſque a collectis fuit immunis, ſe tueri poſſit vſu inueterato

rato contra dominum, qui collectas ab ipso nunc exigit? Confer CASP. MANZIVM l. c. quaestione XXXXVIIII. p. 273. sqq.

§. XCII.

In exsoluendis gallinis, quae census loco debentur, et aliis praestationibus annuis, quaestio de rebus merae facultatis et harum vsu, saepe mouetur. Sic quum nobili cuidam quiuis M. incola gallinam quotannis praestare deberet, hic vero procul a loco abesset, impetrauit ab incolis, vt certo pretio istas redimerent. Annuerunt et hi domini petito. Institit autem hic, vt incolae eodem pretio semper redimerent gallinas. Tum hi negarunt ad id se esse obligatos, quia in ipsorum arbitrio esset, vtrum gallinas domino exhibere; an pretio consueto illas redimere velint. Lis coram supremo imperii iudicio adhuc, nisi fallor, sub iudice est, in caussa *des von W.* contra *die gemeinde M.*

§. XCIII.

Item, si per immemoriale tempus loco gallinae, anseris, reliqua, exiguum ac vile pretium idque haud difforme fuerit solutum, dispu-

diſputant; an dominus poſſit petere gallinam, vel pretium pro ea, quale viget hodie? Id quod adfirmant ANDREAS GAILLIVS libro II. obſeruatione LXXII. n. I. 2. CASP. MANZIVS l. c. quaeſtione XXVIIII. p. 177. ſq. Adde MATTHIAM BERLICH parte II. concluſione V. VI. Etenim, quod ad decimas attinet, mire diſſentire inter ſe videas iureconſultos: an is, cui decimae competunt, et per longiſſimum tempus loco earum, quandam pecuniae ſummam, vel frumenti quantitatem certam, vel numerum determinatum pecudum, loco *des fleiſch-oder blutzehendens*, accepit, nunc decimas in natura poſſit exigere? frequentiſſimas hoc de argumento lites moueri conſtat. Sic in cauſſa *von Verſchür* contra *die gemeinde* Iba, pariter in cauſſa *Schenck zu Schweinsberg* contra *Rau zu Holzhauſen, den zehenden zu Wiſſelsheim betreffend*, acriter fuit diſputatum hac de quaeſtione, et in cauſſa, quam modo dixi, Schenckia, lis adhuc ventilatur coram ſenatu imperii aulico. In cauſſa *des kloſters St. Simons und Mauritii zu Minden* contra *deſſen zehendpflichtige Leute zu Welſede* iureconſulti Giſſenſes anno CIↃ IↃCCXXIII. pro obſeruantia

tia deciderunt, negaruntque decimas in natura exigi posse, argumento vsi cap. 4. 7. et 32. X. *de decimis*, et auctoritate CARPZOVII libro I. def. 134. n. 5. 8. 9. et 10. *iurisprudentiae consistorialis*, nec non NIC. CHRISTOPH. L. B. DE LYNCKER decisione cIↃCLXVIII. Praeterea in caussa *Tönnies Harberdings* contra *Bodo Wilhelm freyherrn von Kiepen* iudicatum anno cIↃIↃCLXXXVI.: *daß klæger von dem quaestionirten fleischzehenden mehr, als vier læmmer, jæhrlich zu entrichten, nicht schuldig.* Vt iam non dicam de controuersia, quae agitatur *in sachen der einwohner der dorfschaft Lachum* contra *das Domcapitul zu Minden*, et de ipsis auctoribus, qui pro praescriptione decimarum intuitu quantitatis et qualitatis seu soluendi modo, laborant, quos percenset TOB. BARTH dissensu CCXVIIII. §. 4. p. 52. Verum DAVID MEVIVS parte VIII. decisione LXVI. ac D. IVST. HENN. BOEHMER libro III. titulo XXX. *iuris eccles. protestantium* §. 72. et in *institutionibus iuris canonici* libro III. tit. XXX. §. 9. ac ICti Helmst. apud IO. BALTH. L. B. DE WERNHER parte VI. obseru. 409. quaestionem, quam proposui negant, quia exactio sit res merae facultatis.

§. XCIIII.

Operarum quoque exactio haud dubie res merae facultatis est, vt heic nulla praescriptio locum inueniat, quamdiu rustici eis non contradixerint, et dominus per tempus, lege definitum, acquieuit, adeoque illis tacite renunciauit. An vero dominus pro lubitu, loco operarum, certam pecuniae summam efflagitare possit? hoc ex iuris germanici principiis adfirmauit dn. PRAESES in praefatione ad MELCH. DETHMAR. GROLLMANNI dissertationes *de mutatione operarum debitarum*. Qui vero ex praescripto legum romanarum hanc quaestionem decidunt, illam omnino negant, nisi subsit necessitas, vel operae alias plane essent inutiles. Consule, quos in medium produxit GOSW. AB ESBACH in *notis et additionibus ad Carpzouium* parte II. constitut. IIII. definitione V. et HERM. ANT. MAR. DE CHLINGENSPERG l. c. cap. XXVIIII. p. 169.

Quod vt rite intelligatur, distinguunt nonnulli inter operas praeteritas et futuras. Nam si v. c. rustici per singulas hebdomadas ad determinatas operas sunt obligati; tunc, quia non indixit eas nobilis, has postea exigere eum posse, negant. Ast operis, quas per futuras hebdomadas debent, quoniam operae demum ex die indictionis cedunt, haud praescribitur, SAM. STRYK *de ciuilitate nociua* cap. II. §. 13. p. 26.

§. XCV.

Quemadmodum iuri pignus luendi praescribitur (§. LI.); ita facile iudicabis de quaestione: num caesar telonia et alia iura, ordinibus imperii oppignorata, reluere ac reuocare possit? Et GE. ADAM. STRVV l. c. capite v. §. 13. p. 35. ideo negandam censet eam, quoniam eiusmodi oppignorationes, per capitulationes caesareas in concessiones et priuilegia degenerauerint. Quumque Carolus VI. imperator Augustus Francofurtensibus significaret, quod tributa imperii, *die reichs-urbar-steurn*, quae senatus Francofurtanus pignoris iure possidet, luere vellet; ipsi hic respondit, quod eiusmodi pignora extra luitionem posita essent. Siquidem articulus v. §. 26. tabularum *pacis Osnabrugensis* per verba *atque propterea* doceret, quod eiusmodi oppignorationes luere nemo posset, sed proceribus imperii, qui eis gauderent, in perpetuum sint relinquendae.

§. XCVI.

Nota est controuersia, quae inter ordines imperii est, de exhibendis mandatis eorum, qui legatis sunt ab epistolis, legitima-

tionem ſecretariorum legationis vulgo appellant. Mareſchallus hos ideo obligatos eſſe ait, vt poſt aduentum, nomen ederent ſuum, atque ipſi teſtimonium, *legitimations-ſchein*, afferrent, quia partim id obſeruantia requireret, partim concluſum principum, quod die VI. octobris cIↄIↄCLXIII. fuit conſignatum, ipſi hoc ius tribueret. Verum enim vero proceres imperii reſponderunt, quod nulli obſeruantiae heic eſſe poſſit locus, et eiusmodi actus, quos allegaret mareſchallus, ſapere rem merae facultatis. Legas velim V. C. IO. CAROLI KOENIG *abhandlung von den teutſchen reichs-taegen* capite VII. p. 280. ſqq.

§. XCVII.

Ad hanc quaeſtionem, et quas modo attuli, facile reſponderi poteſt, ſi in aprico eſt, quosnam actus germani ad introducendam conſuetudinem deſiderarint? Ex mente interpretum iuris ciuilis deciſio earum quaeſtionum, de quibus dixi, vlla difficultate carebit. Etenim actus, e mera libertate agentis profluentes, conſuetudinem inducere poſſe, ſtrenue negabunt. Dum vero de acti-

bus,

bus, conſuetudinem inducentibus, hi commentantur, ſat habent, obſeruaſſe, quod requirantur ad eam firmandam plures actus, iique celebres et aperti, extraiudiciales, niſi de iudiciaria conſuetudine agatur, firmi, ex certa ſcientia profecti, itemque vniformes nec interrupti. Vtrum interea actus, qui merae facultatis eſſe videntur, ad ſtabiliendam conſuetudinem valeant? de illo quidem ſilent. Verum per ea, quae ſupra capite I. docui vno ore negabunt, eos eſſe actus idoneos ad conſuetudinem generandam.

§. XCVIII.

Neque iuris publici cultores de actibus, quibus obſeruantia inducitur, fuerunt ſolliciti; licet doctrina de obſeruantia in iure feudali et publico fere vtramque faciat paginam, prout PRAESES in *obſeruationibus feudalibus* p. 10. commonſtrauit. Saltem illi ſuadent, vt ſibi caueant iuris publici ſtudioſi ab actibus extraordinariis, ſingularibus et irregularibus, quippe qui obſeruantiam gignerent putatiuam, cuius in iure publico et beneficiario, nullus vſus, et ratio. Et, ſi quis ex mente

interpretum iuris ciuilis has, quas ſupra attuli quaeſtiones, et quarum vel ſexcentae ſuperſunt, diiudicare vellet, is vtique merum exercitium actuum merae facultatis nullam generare conſuetudinem, atque adeo nullum ius tribuere, contendet.

At hic praetermittenda non eſt GOTTFR. WILH. DE LEIBNITZ philoſophia de rebus merae facultatis in iure publico. Is enim capite LIIII. *de iure ſuprematus*, ius mittendi legatos rem eſſe merae facultatis, ratione principum germaniae potentiorum, ait. Quare actibus poſſeſſoriis haud opus eſſe heic contendit ad probandam poſſeſſionem, quoniam res merae facultatis ipſo iure poſſideantur. Quemadmodum enim aliquis poſſideret ius aedificandi in ſuo fundo, etſi neque hic neque maiores ſui id antea fecerint; ita, qui ſuprematum haberet, poſſideret quoque ius exercendi actus, ex illo promanantes, quale eſſet ius mittendi legatos cum charactere ſummo, licet id nunquam antea feciſſet. Modus amittendi rem merae facultatis vnicus tantum eſſet, voluntaria ſcilicet demiſſio ſiue expreſſa ſiue tacita. Tacita vero omiſſio cenſeretur, ſi quis re, in controuerſiam deducta, oblataque exercendi occaſione, deſiterit, atque vſu iuris ſui ſine proteſtatione ceſſerit. Nam ſi contradiceret, et ſe temporibus atque occaſionibus cedere, vel etiam rationes ſe habere teſtetur, cur nunc actu abſtinere e re ſua ducat, ceſſaret voluntariae demiſſionis ſuſpicio. Quare tum ius non amitteretur, ne quidem non vtendo. Atque hic eſſet vſus proteſtationum ſollennium, paſſim etiam inter principes frequentatarum, quibus vnusquisque cauere ſe putaret, ne quid iuri ſuo decedat.

§. XCVIIII.

Sin vero ex vſu germanorum rationes ſubducere velis; tum profecto res aliter ſe habebit. Etenim hi contenti erant gaudere quie-

quieto exercitio alicuius rei, ſiue actus voluntarius ſuerit, id eſt merae facultatis, ſiue non. Sufficiebat ipſis actus non pugnare cum recta ratione ac lege diuina, quae mens eſt paroemiae: *hundert iahre unrecht, iſt nicht eine ſtunde recht*, teſte IO. NICOL. HERT libro I. *de paroemiis iuris* p. 392. E plurimis exemplis vnicum adferam. Gladio vti, hodie inter res merae facultatis numeratur, prout docuit AVG. A LEYSER ſpecimine CCCCLXII. meditat. ad π. XXI. Sed aegre tulit caeſar, quod legatus Brunſuicenſis, quum inueſtiretur anno cIↄIↄccxxx., gladio accinctus coram ſolio imperiali comparuiſſet. Interim legatus obſeruantia ſe tuebatur, quod, quum nomine landgrauii Haſſiae Darmſtadinae inueſtituram obtinuiſſet, pariter gladiatus ad caeſarem acceſſiſſet. Ceterum in eo a veritatis tramite aberrauit ille, qui vſum gladii in medio aeuo apud Germanos pro re merae facultatis reputauerit. Hoc armorum genere nemo, niſi perſona ſecularis e ſuperiore nobilitate prognata, vel militaris generis homo vti poterat, prout conſtat e PRAESIDIS *commentariis de miniſterialibus* §. CCC. p. 439. Conſule

pari-

pariter IO. PETRVM DE LVDEWIG in *praefatione ad consilia Halensia* §. XXXIII. n. 141. p. 32.

§. C.

Igitur Germani tantum respexerunt ad exercitium actuum et alterius patientiam. Confer recessum imperii de an. cIↄIↄcLIIII. §. 105. et *tabulas pacis Westphalicae* articulo VIII. §. 4. Nam fundamentum consuetudinis et obseruantiae ponebant, partim in consensu tacito et praesumto, partim in iure, tertio ex illis quaesito. Hinc mirum non est, quod etiam actus liberi ac mere voluntarii per consuetudinem facti fuerint necessarii et obligatorii. Mecum hac in re consentientem habeo CHRISTIAN. GOTTFR. HOFMANNVM p. 43. *der grundsætze des teutschen staats-rechts.* Propterea in aprico est, quod aliter de praxi rerum merae facultatis senserint germani, ac romani, et quod doctrina eorum, qui romani iuris tradita vbique inconcinne crepant, multos iniuria afficiat, eisque iura auferat, quae germanorum veteres iudices eis demere nunquam sustinuissent. Ex his facile decidi potest quaestio: vtrum in iis locis, in quibus per clausulam articuli IIII. pacis Ryswicensis exer-

exercitium religionis catholicae fuit introductum, actus merae facultatis, quos galli ante pacem concluſam, intuitu religionis catholicae, omiſerunt, nunc peragere queant catholici? Id quod, per ea, quae dixi, negandum videtur. Fundamentum aliud, cur neganda veniat haec quaeſtio, ſuppeditat dn. IO. IAC. MOSER *im teutſchen ſtaats-recht*, volumine II. libro I. capite XXIII. §. 43. p. 123.

Si cui haec philoſophandi ſimplicitas germanorum diſpliceat, et cum romanorum legum acumine haud conuenire, quae dixi, videantur; is quaeſo HVGONEM GROTIVM audiat. Hic vero in *prolegomenis ad hiſtoriam Gothicam* p. 63. concinne diſputat hac de re: „ſordebunt, ait, haec ſola romana mirantibus. Ego in romanis legibus ſubtilitatem „minima quaeque perſequentem - - - video. „At philoſophia legem vult eſſe ſimplicem - - -. „Haec ego in ſeptentrionalium noſtrorum legibus inuenire me gaudeo. Atque ita arbitror, ni Deo ipſo ea ſimplicitas prae argutiis placuiſſet, nunquam eum vim ſuam mirificam accommodaturum fuiſſe innocentium populorum legibus.

* * *

Coronidis loco, vt, quae de abusu doctrinae de rebus merae facultatis in foro germanico, praesertim feudali huc vsque dixi, magis clara reddantur, atque magis firmentur, adiiciam responsum illustris facultatis iuridicae Ienensis hoc anno scriptum. Demonstrat enim hoc, quod ius furni, cuidam in feudum concessum, non sit res merae facultatis, sed regale, adeoque ius prohibendi inuoluat. En verba eius: *werden von Ihro Königlichen Maiestät in Pohlen und Churfürstlichen Durchlauchtigkeit zu Sachsen die von E. und die von S. unter andern in dem dorf C. mit dem backhauß belehnet, haben auch diese sothanes backhauß bißher gehabt, und die gemeinds-leute von unfürdencklichen iahren her darin gebacken, welche sich aber im iahr 1733. ein anders zu sinn steigen lassen, und ein eigenes backhauß vor sich erbauet. Ist darüber streit entstanden, und hierauf nunmehr in petitorio auf beweiß und gegenbeweiß rechtskräfftig erkant worden; Derowegen ab seiten der klägere, welche ermeldete gerichts-herrn seyn, es hauptsächlich bey dem zuführenden beweiß auf den fünfften und sechsten punct der kriegesbefestigung ankommt, welche dahin gehen, daß da die klägere behauptet hatten, was massen sie ie und alle wege ohne wiederspruch über rechtes verwährte zeit die back-gerechtigkeit priuatiue ausgeübet, und dadurch eine dienstbarkeit erlanget, auch dargegen von beklagten nichts eingewendet worden, dieses ermeldte beklagte verneinet, ingleichen daß das neue backhauß auf dem anger, wo die peinliche hals- und rüge-gerichte gehalten würden, nicht minder auf den öffentlichen weg, der dadurch geschmählert wär, errichtet worden, nur besagte beklagte ebenfals in abrede gestellet haben; daher nunmehr die frage entstehet:*

Ob

Ob die Königliche und Churfürstliche belehnung mit dem backhauss den klägern ein ius prohibendi gegen die beklagten gebe?

Ob nun wohl das backen, wenn es ohne absicht auf die belehnung betrachtet wird, allerdings eine res merae facultatis ist,

STRYK *de iure furnor. cap. 4. n. 74. p. 53.*

und desswegen ein ius probibendi nicht ehender statt findet, bis actus prohibitiui vorher gegangen seyn, auch der gegentheil über eine rechts-verwährte zeit dabey sich beruhiget hat, wie dieses insonderheit von der backgerechtigkeit behaupten,

WERNHER *part. I. enunc. 245. p. 432. 433.*
VON ROHR *im haußhaltungs-recht lib. 4. cap. 14. §. 18. p. 660.*
LEISER *in iure georgico L. 3. cap. 16. n. 13. p. 638.*
STRYK *de iure furnorum cap. 2. n. 48. sq.*

auch insgemein von den actibus merae facultatis, als vom weinschanck,

LEYSER *in med. ad ff. spec. 462. med. 4. 5. p. 233. vol. 7.*

ingleichen von gasthöfen und schencken dieses lehren,

LYNCKER *dec. 423. und 1189.*
HORN *classe 2. resp. 38.*
MENCKEN *in theor. et prax. ff. L. 4. tit. 9. §. 5.*
BERGER *in elect. proc. poss. §. 14. p. 92. et 93. et in suppl. ad elect. proc. poss. §. 12. p. 18.*
RICHTER *vol. I. cons. 55. n. 45.*

welcher lehre, wegen des mahlens in einer mühle, beystimmen

CARPZ. *P. 2. const. 4 def. 9.*
MEV. *P. I. dec. 60.*

in näherer betrachtung, daß zur erlangung eines iuris negatiui der besitz nicht hinlänglich ist, wenn man solchen auch schon von überdencklichen iahren her gehabt hätte, sondern vor allen dingen zur erhaltung eines solchen rechts ein ius

prohibendi hergebracht seyn muß, dieses aber bloß auf actus prohibitivos, und daß der gegentheil sich dabey beruhiget habe, ankommt, und hierauf lediglich beruhet, wie dieses von den servitutibus negativis, dergleichen gegenwärtiges backhauß ist, dargethan haben

BERGER *in oecon. iur. L. 2. tit. 3. §. 22. not. 5. p. 329.*
CARPZ. *P. 2. const. 4. def 9. n. 2. et def. 14.*
MENCKEN *l. c. L. 8. tit. 1. §. 8.*
LAUTERB. *in colleg. theor. pract. L. 8. tit. 1. §. 14.*
MEV. *part. I. dec. 60. n. 8.*
SCHÖNE in *disp. de iure prohibendi privatis comp. sect. I. §. 13. p. 7.*

und von der zwang-backgerechtigkeit erhärtet,

LEISER *in iure georg. L. 3. cap. 16. n. 30. p. 641.*

welches die rechtslehrer so genau beobachtet wissen wollen, daß einige dafür halten, ein Fürst solle dergleichen natürliche freyheiten den unterthanen nicht einmal durch eine belehnung nehmen,

LEYSER *spec. 462. med. ad ff. 32. p. 258. vol. 7.*

derowegen, gedachter rechtslehrer meynung nach, die auslegung söthaner belehnungen dergestalt gemacht werden müsse, daß die darin ertheilte einschränckung der natürlichen freyheit keine würckung erlange,

IDEM *l. c. med. 33.*

wie dann ein privilegium über eine rem merae facultatis, wenn es das ius prohibendi mit derben worten nicht mit sich führe, die andere nicht binde, und von ihrer natürlichen freyheit keineswegs abhalte, mithin, wenn auch etwa ein ius prohibendi einem verliehen worden wär, solches stricte verstanden werden müsse,

LEYSER *l. c. medit. 34. 35. p. 259.* add. MEV. *part. I. dec. 60.*

wie

wie dann

STRYK *l. c. cap. 2. n. 54. sq.* *und*
LEISER in *iure georg. l. c. n. 16.*

der meynung seyn, daß die belehnung mit einem backhauß die zwang-gerechtigkeit nicht mit sich bringe, sintemahl die belehnung mit vorbehalt eines anderen rechts geschehe.

L. 8. de aqu. pluu. arc.
ROSENTHAL *de feud. cap. 6. concl. 68. n. 8.*
GAIL. *lib. 2. obs. 1. n. 14.*

ein fürst auch einen unterthanen so lieb als den andern haben müsse, mithin einem etvvas vvider die natürlichen rechte nicht benehmen dürffe.

D. a. u. d. die römische gesetze nur auf solche servitutes, und diejenigen sachen ihr augenmerck diesfalls genommen haben, vvelche zvvischen freyen bürgern, deren einer so gut gevvesen, als der andere, und einer so viel rechts, als der andere sich zu erfreuen hat, fürgefallen, keinesvveges aber von gerechtsamen, vvelche etvva ein bürger gegen einen knecht ausüben könte, handeln, gestalt dieses aus den im corpore iuris vorliegenden gesetzen sich sattsam veroffenbaret, folglich deren anvvendung auf die teutschen fürsten, deren vasallen und lebens-verfassung, auch den zustand der gerichts-herren und deren bauern mit grosser behutsamkeit geschehen muß, gleichvvol aber ausgemacht ist, daß die bauern in Teutschland durchgängig, entvveder dem fürsten oder dessen vasallen leibeigen gevvesen,

POTGIESSER *in comment. de statu seruor. in german.*
BOEHMER *de imperfecta libertate rusticorum in german.*

daher, vvas bey einem freyen Römer zu einer libertate naturali und re merae facultatis gezehlet vvorden, bey den teutschen sich gantz anders verhalten hat, sintemahl diese die

 schenck-

schenck- und back-gerechtigkeiten in absicht der bauersleute vor regalien ansahen, und des endes die fürsten ihre vasallen damit belehneten, wie denn mit einigem bestand nicht zu behaupten ist, daß dieses die Römer in absicht ihrer knechte ebenfals gethan hätten, vielmehr die römische herren ihren knechten vorschreiben können, wo sie backen, brauen und dergleichen handlungen verrichten sollen, auch niemand dieses vor eine einschränckung der natürlichen freyheit achten wird, da die römische knechte so wenig sich dargegen setzen können, als die teutsche leibeigene oder bauren sich zu sinn steigen lassen, dergleichen regalien, inmassen sie einmahl die teutschen davor gehalten haben, als res merae facultatis auszuüben, gestalt sonst folgen müste, daß die fürsten eines theils unrecht gehandelt hätten, wann sie ihre vasallen mit dergleichen dingen, als die backgerechtigkeit ist, belehnet haben, andern theils nicht zu begreiffen stehet, daß die fürsten ihren vasallen etwas leeres und vergebenes statt des soldes und gehalts in den lehnbrieffen angewiesen haben solten, absonderlich da dieses sonsten mit der teutschen lehens-verfassung, als welche nicht gestattete, die vasallen mit leeren dingen und unbegründeten gerechtsamen zu belehnen, offenbar gestritten haben würde, zu geschweigen, daß dergleichen leeres versprechen im lehen-brief gantz etwas unnöthiges gewesen wär, wenn solches kein ius prohibendi nach sich gezogen haben solte, dem noch beytritt, daß dergleichen angebliche vorspiegelungen der rechts-lehrer der alten teutschen redlichkeit augenscheinlich zuwider lauffen, daher die belehnung nach dem sinn des lehen-herrn von einem zwang-recht allerdings verstanden werden muß,

STRYK *l. c. cap. 3. n. 32. p. 31.*

in welcher absicht denn die vorstehende zweifels-gründe von

selbsten

selbsten sich erledigen, bevorab dergleichen schein-gründe von der höchst ungereimten anwendung des römischen rechts in leben-sachen blos herrühren, gestalt dieses theils nur von den gerechtsamen freyer personen gegen freye spricht, und nur bey den Römern und in deren landen gegolten hat, wie dann zu selbiger zeit sowohl die belehnungen, als auch die macht der teutschen fürsten mit dergleichen gerechtsamen, einen zu belehnen, etwas gantz unbekanntes waren, folglich ausser allem zweifel stehet, daß, wie die fürsten einen vasallen mit der back-gerechtigkeit belehnen konten, sie auch den sinn und die meynung gehabt haben müssen, einem das zwang- und bann-recht zugleich damit zu verleihen, inmassen sonst dafür zu halten wär, als ob die belehnung etwas vergebliches in sich hielte, darneben einer sich bereden müste, daß die teutschen solche gerechtsame vor keine regalien gehalten hätten, da doch das gegentheil durch die erfahrung an dem tag lieget, und diese, daß es regalien seyn müssen, durchgängig belehret.

Vid. LEISER *in iure georg. lib. 3. cap. 16. n. 34. p. 642.*
CRAVETTA *consf. 861. n. 1.*
STRYK *de iure furnor. cap. 1. n. 20. p. 7.*
ESTOR *in obseruat. feudal. p. 50.*

inzwischen der vasall solche gerechtigkeiten von dem fürsten, als leben-herrn erhält, folglich dessen nachfolger im gebrauch solcher regalien ihn, den vasallen, in alle wege schützen muß, damit die belehnung in blosse worte nicht verwandelt werde, anerwogen der vasall dieselbe nicht von sich und vor sich hat und betreibet, sondern solche gerechtsamen von dem leben-herrn erhalten hat, und in dessen hohen nahmen diese geniesset, folglich in eben der masse, als sonsten der fürst selber, sie zu betreiben hat,

L. 175. de reg. iur. L. 2. §. 2. D. pro emto. §. 8. Instit. de vsucap.
STRYK *de iure furnor. cap. 3. n. 15.*

daher,

daher, wenn der lehen-herr die unterthanen hat zwingen können, in seinen backofen zu backen, der vasall auch dieses zu thun befugt ist, welches sich aus der schenck-gerechtigkeit gantz deutlich veroffenbaret, denn wie dem fürsten, in absicht der schenckgerechtigkeit, ein ius prohibendi beygeleget wird,

BERGER *part. I. resp. 10.*
WERNHER *part. I. obs. 277.*
HORN *class. 2. resp. 38. 39.*
BRVNNEMANN *cons. 58. n. 12.*

also auch dieses einem ieden vasallen, so mit dergleichen gerechtsamen belehnt ist, anerwogen dieser an die stelle seines lehen-herrn tritt, zukommen muß, in rechtlicher erwegung, daß die gerechtigkeit, welche in den händen des fürsten ein regale ist, und ein ius prohibendi nach sich ziehet, von eben dieser art und beschaffenheit bey dem vasallen verbleiben muß,

conf. ROHR *l. c. §. 15. p. 658.*

derohalben auch verschiedene rechts-lehrer denen, welche mit sothanen gerechtigkeiten begabet seyn, ein ius prohibendi billig beylegen,

NICOLAI *resolut. pract. 13. n. 32.*
BEYER *spec. iur. germ. lib. 1. cap. 16. §. 21. sq.*

einfolglich derjenige vasall, so mit der backgerechtigkeit belehnet ist, aber darin beeinträchtiget wird, und bey erhobener klage das medium concludendi in seiner klage auf die belehnung setzet, auch daß er die in frage kommende gerechtsame nahmens des hohen lehen-herrn, habe und betreibe, allerdings bey dem iure prohibendi gelassen werden muss, in näherer betrachtung, daß die in den vorstehenden zweifels-gründen angebrachten schein-gründe, eines theils dadurch ihre erledigung erhalten, da obangezogener

LEISER *in iure georg. l. c. n. 28. 29. 30.* *und* STRYK *l. c.*

selbst

selbst einräumen, daß sothane zwang-back-gerechtigkeit verschiedentlich eingeführet werden könne, welches nicht angienge, wenn es der natürlichen freyheit zuwider liesse, andern theils aber ersagte zweifels-gründe dahier nicht anschlagen, weil nicht sowohl von den gerechtigkeiten, damit einer belehnet worden, daselbst die frage ist, als vielmehr von denen gerechtsamen allda gehandelt wird, welche iemand, ohne einen andern titul zu haben, durch einen langwierigen besitz sich zu erwerben gedencket, dieses aber bey gegenwärtigem fall sich anders verhält, folglich auch die zweifels-gründe dahier von selbst sich erledigen, hergegen übrigens nicht ausser acht zu lassen ist, daß derjenige vasall, welcher bey dem besitz seiner alleinigen back-gerechtigkeit gestöhret wird, und nur bloß den grund seiner klage darauf setzet, daß er ie und allewege über eine rechts-verwährte zeit die back-gerechtigkeit priuatiue ausgeübet, und dadurch eine dienstbarkeit erlanget habe, ohnmöglich auslangen dürfte, gestalt durch ein solches medium concludendi der gantze status caussae eine abänderung leiden, und dadurch eine gerechtigkeit, die er als ein regale nahmens des lehen-herren besitzet, zu einer blossen dienstbarkeit gemacht würde, welche letztere aber durchaus anders nicht, als durch actus prohibitiuos und das stillschweigen des anderen, erlanget werden kan, dergleichen aber zu erweisen, weilen es an actibus prohibitiuis gemeiniglich ermangelt, ziemlich schwer fallen dürfte vielmehr offenbar ist, daß wenn gedachter massen auf eine seruitut, welche man durch eine rechtsverwährte zeit erworben haben will, der grund der klage gebauet, und so dann auf beweiß erkannt wird, das urthel nichts anders erfordert, als daß der kläger actus prohibitiuos, sodann patientiam und acquiescentiam des beklagten erweislich darthun müsse,

worauf, wenn das angeben nicht mit unverwerflichen actibus probibitiuis erwiesen werden kan, nothwendig das urthel folget: welchergestalt kläger dasjenige, was ihme zu erweisen auferleget, und er sich angemasset, wie recht, nicht erwiesen, derowegen beklagter von der wider ihme angestelleten klage zu entbinden, es sey auch kläger diesem die veruhrsachte kosten zu erstatten schuldig. Dahingegen im fall die klage auf eine belehnung gerichtet worden, es vorangezogener massen, eine gantz andere bewandtniß hat, darneben den gerichts-herren zu statten kommet, daß nach Sachsen-recht kein backofen gesetzet werden darf, wo vorher keiner gestanden hat,

LEISER *in iure georg. l. c. n. 32. p. 642.*
STRYK *l. c. cap. 2. n. 104. p. 25.*

So halten wir dafür, daß die Königliche und Churfürstliche Sächsische belehnung mit dem backhauß zu C. den klägern ein ius prohibendi gebe, diese auch, im fall sie den grund der klage auf sothane belehnung, gesetzet haben, eines obsieglichen urthels sich zu erfreuen haben.

* * *

EN, LECTOR SENTENTIAM, CVIVS MENTIONEM FECI §. LXXXVI.

VRTHEL.

In sachen syndicens der brauer zu S. klägers an einem, entgegen den K. amtmann zum L. N. N. ietzt anwalden des K. und C. amts daselbst, beklagten am andern theil, erkennen K. zur C. N. Director, Vice-Director und Räthe, auf erhobene klage, darwieder vorgeschützte exceptiones auch beschehe-

schehene nomination und ferneres einbringen, nach gehabtem rath der rechts-gelehrten, für recht:

Daß beklagter amtmann N. gestalten sachen nach, aus diesem rechtsstreit billig zu lassen, hiernächst beklagtes amt L. des kruges zu N. sich zu gebrauchen nicht befugt, folgends dasselbe der sellung des biers und brandeweins in ermeldtem kruge sich zu enthalten schuldig; Es könte und wolte denn beklagter sein vorgeben, daß vorher ein ordentlicher krug allda sich befunden, in ordnungs-frist, klägers gegen-beweiß und andere rechtliche nothdurft, in ebenmäßiger frist, vorbehältlich, wie recht, erweisen, dessen genösse er billig, und ergehet darauf ferner in der sache, was rechtens. Uebrigens werden die bisher aufgewandte unkosten, außer den verschickungs-kosten, als welche klägere zu tragen haben, gegen einander billig aufgehoben. V. R. W. Mense Martio 1743.

RATIONES DVBITANDI ET DECIDENDI
in sachen
Syndicens der brauer zu S. klägers an einem, und den
K. amtmann zum N. N. iezt anwalden der K. C. daselbst,
beklagten am andern theil:

Obwohl es das ansehen gewinnen möchte, daß beklagter amtmann N. aus diesem rechtsstreit nicht zu lassen, sintemahl er ohne vorwissen der K. Cammer die eingeklagte neuerung begonnen, und die klägere in ihrer nahrung nicht allein zu stören angefangen hat, sondern auch vermittelst seines kruges darin fortfähret, demnach er für seine thaten haften müste, zumahl da hier keine dingliche, sondern eine persönliche klage wider den amtmann N. wegen angemaßter störung an-

gestellet worden, biernächst klägere mit ihrem suchen lediglich abzuweisen wären, anerwogen unter sehr vielen rechts-lehrern kein zvveifel obvvalte, daß die einrichtung der schencken und krüge ein regale sey,

DE BERGER *in oecon. iur. in addit. p. 1212. in fin.*
SCHÖPFER *de iure brax. P. 4. cap. 2. n. 16.*
TABOR *de iure cereuis. cap. 2. §. 4.*
BEYER *in spec. iur. germ. L. 1. cap. 17. §. 12.*

nicht minder das brauen und die verzapfung des biers und brandevveins von der landes-herrschaft abhänge,

DE BERGER *P. 2. resp. 10. n. 1.*
DE WERNHER *P. 1. Obs. for. 277. n. 3. und P. 2. Obs. 359.*

solchemnach im mindesten nicht abzusehen, unter vvas für einem schein die anlegung eines kruges der landes-herrschaft in zvveifel gezogen vverden könte, daferne man aber auch die anlegung einer schencke für eine rem merae facultatis halten vvolte, vvie dieses

SCHEID *disp. de iure erigendi cauponas et hospitia publica tam in genere quam in specie in terris Brunsvvico-Luneburgicis §. 7. p. 11. §. 13. p. 29. §. 23. sqq. p. 59.*

zu behaupten gesuchet, dem Königlichen amt L. ebenfalls nicht unvervvehret sey, an dem vorvverge zu N. einen krug anzulegen,

Vid. DE LYNCKER *dec. 1189. und resol. 280.*

darneben vveder aus den acten noch aus dem beygelegten begnadigungs-brief erscheine, daß klägern ein recht zustehe, die anlegung eines neuen kruges zu behindern, gestalt in ervvehntem freyheits-brief vveiter nichts zu befinden, als daß der flecken S. bey den hergebrachten freyheiten gelassen vverden

den solte, iam vero ius prohibendi non praesumitur et sine titulo exerceri nequit,

BOEHMER *vol. 2. P. 1. cons. 201. n. 6.*

et est odiosum adeoque restringendum,

IDEM *P. 1. cons. 198. n. 4.*

nec subditis contra principem ius prohibendi competit,

IDEM *cons. 18. n. 2.*

immo illi, quibus priuilegium exercendi hospitium vel tabernam concessum est, alios directe prohibere nequeunt, licet annuam pro cauponandi licentia soluant pensionem,

SPECHT *disp. I. de stabulis, cauponis, tabernis et hospitiis mercenariis §. 14. p. 16.*
DE LYNCKER *dec. 423.*

et ius braxandi diu licet exercitum, praeiudicio tamen esse nequit domino territorii,

IDEM *resol. 535.*
add. DE LEYSER *spec. 10. med. 5.*

überdies beklagter mit einigem bevveiß um so vveniger beleget vverden sollen, ie actenkündiger es vväre, daß ein krug seiter vielen jahren vorher in des schafmeisters vvohnung zu N. gevvesen, auch klägere eingestanden hätten, daß der schaafmeister ievveilen ein halbes faß breyhan eingeleget und versellet, vvie denn auch beklagtem amte nicht im vvege stehe, daß in des amtmanns N. pacht-briefe vom kruge nichts enthalten vväre, inmassen die K. Cammer dergleichen mit einzurucken nicht nöthig gehabt, quia voluntas principis facit diuersoria,

ENGAV *in elem. iur. germ. L. 1. tit. 10. memb. 3. §. 271.*

et princeps omnibus gaudent commodis in ſuo territorio.

HARPPRECHT *reſp. 80. n. III. p. 377.*

Dennoch aber und dievveil der amtmann N. ein pachter iſt, vvelcher bey angeſtellter gegenvvärtiger actione negatoria vtili den rechten herrn benennet act. num. 7. auch dieſer act. num. 27. ſich der ſache angenommen hat, in nominatione autem auctoris nominans plane ex lite dimittitur,

PVFENDORF *introd. in proc. ciuil. Brunſ. Luneb. P. 2. cap. 9. §. 2. p. 312.*

zu geſchvveigen, daß die K. Cammer des amtmanns handlungen hierunter für genehm gehalten, hiernächſt die hauptſache belangend, bekannt iſt, daß die brau-nahrung ein mittel ſey, vvomit die bürger in ſtädten und flecken ihr gevverbe treiben, um dadurch ſich nicht allein zu erhalten, ſondern auch in den ſtand ſich zu ſetzen, um der landes-herrſchaft die ſchuldigen ſteuern und gaben zu entrichten,

HEINECCIVS *in elem. iur. germ. L. I. tit. 5. §. 121.*

gleichvvohl es den unterthanen ſchvver fallen vvürde, vvenn die mittel, vvodurch ſie ihre nahrung ſuchen ſollen, ihnen durch einen herrſchafftlichen pachter geſchwächet, oder gar entzogen vverden vvolte, in näherer ervvegung, vvie die rechte nicht geſtatten, daß die herrſchaftlichen güterpächter durch betreibung bürgerlicher nahrung den unterthanen die nahrung entvveder entziehen oder ſchvvächen, vvie ſolches

ZIEGLER *de iuribus maieſtatis L. I. cap. 41. §. 5. 9. und die ICti Gryphiswaldenſes in conſil. ICtor. Gryphiswald. reſp. 106.*

mit mehrerm ausgeführet haben, vvelchem dasjenige, ſo

GVND-

GVNDLING *im discurs über die politic p. 281. sqq.*
REINHARD *in animaduers. histor. politicis in Lipsii politic. L. 3. §. 15. n. 3. p. 822.*
NEVMEYER DE RAMSLA *im tractat von steuren cap. 5. p. 271. lehren,*

beyzufügen, derowegen Kayser Rudolph der II. dergleichen brau-nahrung, so die herrschafftliche bedienten und pachter betreiben, für zuläßlich nicht geachtet,

GOLDAST *P. 2. der reichssatzungen p. 326.*
Consil. Gryphiswald. l. c. n. 86. p. 462.

woraus sich also deutlich veroffenbahret, daß die obstehende zweifels-gründe dahier nicht anschlagen, in betracht vorietzt nicht die frage ist, was in betreibung der schenck-nahrung zwischen unterthanen rechtens? sondern: ob beklagtes amt zur schwächung der nahrung in S. mit recht etwas unternehmen könne? welches niemand behaupten wird, gestalt ein landes-herr mit der unterthanen schaden keinen vortheil verlanget, zudeme der act. num. 23. befindliche gnaden-brief ausdrücklich meldet, daß der flecken S.

„*bey allen freyheiten, gnaden, und gerechtigkeiten,*
„*wie sie die im besitz hergebracht &c.*

gelassen werden solle, sothaner brief aber wider den landesherrn und daß er auch darinnen diese nahrung den klägern versprochen, auszulegen ist, nam priuilegia contra principem latissime sunt explicanda,

LAVTERBACH *in coll. theor. pract. π. L. 1. tit. 4. §. 46.*
BOEHMER *vol. 2. P. 1. cons. 16. n. 18.*

darneben daraus so viel auch erscheinet, daß die anlegung einer neuen schencke keine res merae facultatis mehr sey, indessen

dessen beklagter, vvenn er zu ervveisen vermag, vvas massen nicht allein vorher ein krug allda gevvesen, sondern auch die ietzige einrichtung in ansehung der nahrung dabey gevvesen, er damit billig zu hören ist, derohalben ihm desfalls der bevveiß vorbehalten vvorden, vvelcher um so nöthiger ist, ie deutlicher erscheinet, daß der klägere geständnis, vvelchergestalt der schafmeister ievveilen etliche fasse breyhan eingeleget, nicht hinlänglich ist, beklagten des bevveises zu entübrigen, sintemahl ein anders ist: etliche fässer einlegen, ein anders aber eine ordentliche krug-nahrung betreiben, übrigens die unkosten, indeme beklagter ziemliche scheingründe gehabt, gegen einander aufzuheben gevvesen, dahingegen klägere, immassen sie die verschickung verlanget haben, diese alleine zu tragen schuldig sind;

So ist, vvie im urthel enthalten, billig erkannt. A. V. R. W.

Urkundlich Unsers dem Urthel beygedruckten Facultät-Insiegels.